Die Erledigung der Hauptsache im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität des Saarlandes
Saarbrücken

1986

von
Wolfgang Richter
Lüneburg

Die Erledigung der Hauptsache

im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität des Saarlandes
Saarbrücken

1986

von
Wolfgang Richter
Lüneburg

Tag der Disputation	: 5. Dezember 1986
Amtierender Dekan	: Prof. Dr. Domes
Erstberichterstatter	: Prof. Dr. Dr. h.c. Lüke
Zweitberichterstatter	: Prof. Dr. Prütting

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
§ 1	EINLEITUNG	1
§ 2	DAS ERLEDIGUNGSEREIGNIS	5
I.	Der Begriff der Erledigung	5
1.	In der Freiwilligen Gerichtsbarkeit	5
2.	Vergleich mit dem Zivilprozeß	6
3.	Erledigung als tatsächliches Ereignis	7
a)	Abgrenzung von prozessualen Folgen	7
b)	Abgrenzung zur Antragsrücknahme	8
II.	Umsetzung der Erledigung in das Verfahren	11
1.	Verzicht, Anerkenntnis und Vergleich	11
a)	Anerkenntnis und Verzicht	11
b)	Vergleich	12
2.	Antragsrücknahme	13
a)	Grundsatz der freien Rücknehmbarkeit	13
b)	Einwilligung der anderen Beteiligten analog § 269 I ZPO	14
aa)	Streitstand	14
bb)	Gemeinsame Dispositionsbefugnis aller Beteiligter	16
c)	Kostenentscheidung bei Antragsrücknahme	18
aa)	h.M.: Anwendung des § 13 a FGG	18
bb)	Keine Kostenentscheidung bei Antragsrücknahme	19
3.	Erledigungserklärung	23
a)	Grundsätzliche Problematik	23
b)	Beispiele	24
aa)	Amtsverfahren	24
α)	Elterliche Sorge	24
β)	Versorgungsausgleich	25
bb)	Antragsverfahren	26
α)	Verfahren nach der Höfeordnung	26
β)	Erbscheinsverfahren	27
cc)	Streitverfahren (Wohnungseigentum)	28
c)	Zusammenfassung	29

Seite

§ 3 DIE ERLEDIGUNGSERKLÄRUNG 30

I. Meinungsstand zur Erledigungserklärung in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit 30
1. Amtsverfahren 30
2. Antragsverfahren 31
a) Herrschende Meinung 31
b) Bärmann 32
c) Grunsky 33
3. Streitverfahren 34
a) Herrschende Meinung 34
b) Bayer. EGH 35
c) Jansen 36
4. Nach Erlaß einer Entscheidung 37
5. Zwischen den Instanzen 38
6. Im Beschwerdeverfahren 40

II. Kritik an den bisherigen Ansichten 41
1. Zweckmäßigkeit des Verfahrens 41
a) Ermessen im Verfahren 41
b) Ermessen in der Entscheidung 43
c) Zuweisung von Materien aus "Zweckmäßigkeit" 44
d) Anwendung der ZPO 45
2. Der Untersuchungsgrundsatz 46
a) Abgrenzung zum Dispositionsgrundsatz 46
b) Verschiedene Ausprägungen der Grundsätze 49

III. Ausgangspunkte für die Lösung 50
1. Die Geltung der Dispositionsmaxime 51
a) Klärung aus dem Begriff 51
b) Klärung aus dem Geltungsbereich 52
aa) Geltungsbereich der Dispositionsmaxime 52
bb) Grenzen der Kategorisierung 54
c) Klärung aus der Einleitungsbefugnis 55
aa) Vorrang des Amtsverfahrens (h.M.) 56
bb) Vorrang des Antragsverfahrens (Kollhosser) 57
cc) Folgerungen für die Verfahrensbeendigung 58
d) Bestimmung des Verfahrensgegenstandes 60

Seite

2. Übertragung zivilprozessualer Grundsätze zur Erledigungserklärung 61
a) Parallele zur Antragsrücknahme 61
b) Ausbau der Beteiligtenstellung 62
aa) Stärkere Prägung der FG durch Streitsachen 64
bb) Auffassungswandel im Verhältnis Staat - Bürger 64
cc) Anspruch auf rechtliches Gehör 66
dd) Notwendigkeit der Neuabgrenzung der Beteiligtenbefugnisse 67
c) Beteiligtenbefugnisse analog Zivilprozeß 68
aa) Herrschende Meinung 68
bb) Ausweitung aufgrund der veränderten Beteiligtenstellung 70
cc) Modifizierung in der FG 71

§ 4 ÜBEREINSTIMMENDE ERLEDIGUNGSERKLÄRUNGEN 73

I. Sinn und Zweck übereinstimmender Erledigungserklärungen 73
1. Die Kostenerstattung 73
a) Kostenerstattung zugunsten des Antragstellers 73
aa) Antragsrücknahme verbietet Kostenerstattung wegen sofortiger Beendigung 73
bb) Antragsrücknahme indiziert Unterliegen 74
cc) Pflicht des Gerichts zur Kostenentscheidung 75
b) Kostenerstattung zugunsten der anderen Beteiligten 76
2. Klärung des Falles gegenüber allen Beteiligten 76
3. Subsidiarität staatlicher Fürsorge in Antragsverfahren 78
4. Verfahrensökonomie 78

II. Besondere Voraussetzungen der übereinstimmenden Erledigungserklärungen 79
1. Gemeinsame Dispositionsbefugnis 79
2. Keine Gegnerschaft i.S.d. § 91 a ZPO 81
3. Materielle Verfügungsbefugnis 82
4. Konkurrierende Beendigung durch das Gericht 83
a) Dispositionsmaxime für das Verfahrensende 83
b) Verpflichtung zur Antragstellung 84
c) Bindung an Anträge der Beteiligten 84

Seite

III. Wirkungen übereinstimmender Erledigungserklärungen 86

1. Kostenentscheidung 86

a) Anwendung des § 13 a FGG 86

aa) Kostenentscheidung auch ohne Sachentscheidung 86

bb) Keine Anwendung des § 91 a ZPO 87

cc) Ausnahme echte Streitverfahren? 88

b) Grundsätze der Kostenerstattung nach § 13 a FGG 89

aa) H.M.: Nur als Ausnahme bei entgegengesetzten Interessen 89

bb) Kritik der allgemeinen Ansicht 91

cc) Interessengegensatz indiziert Kostenentscheidung nach voraussichtlichem Verfahrensausgang 91

c) Umfang der Kostenerstattung 93

aa) H.M.: nur außergerichtliche Kosten 93

bb) Rechtsanwaltskosten 94

cc) Anwendung der Grundsätze der §§ 91, 91 a ZPO 94

2. Kein neues Verfahren nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen 95

a) Streitstand im Zivilprozeß 95

aa) Einverständniserklärung 95

bb) Prozessuale Vereinbarung 96

cc) Privilegierte Klagerücknahme 96

dd) Klageverzicht 96

b) Übertragung auf die Freiwillige Gerichtsbarkeit 97

aa) Die Theorien in der FG 97

bb) Wirkung einer prozessualen Vereinbarung 99

cc) Ausnahme: Verfügungen mit Dauerwirkung 100

3. Aufhebung von gerichtlichen Entscheidungen 101

a) Verfügungen mit Dauerwirkung 101

aa) Erledigungserklärung bis zur formellen Rechtskraft 101

bb) Abänderung wegen veränderter Verhältnisse 102

b) Anwendung der Erledigungserklärung auf Verfügungen mit Dauerwirkung 104

c) Schutz der anderen Beteiligten erlaubt keine Antragsrücknahme 107

d) Keine Rückwirkung 108

e) Verfügungen, die mit sofortiger Beschwerde angreifbar sind 109

	Seite
IV. Anwendung auf die Beispielsfälle	110
§ 5 DIE EINSEITIGE ERLEDIGUNGSERKLÄRUNG	112
I. Sinn und Zweck einer einseitigen Erledigungserklärung im FG-Verfahren	112
1. Stellung von Literatur und Rechtsprechung	112
2. Notwendigkeit der einseitigen Erledigungserklärung im Zivilprozeß	113
a) Kosten	113
b) Rechtshängigkeit beenden	114
c) Feststellungsinteresse	115
3. Berechtigung der einseitigen Erledigungserklärung in der FG	115
a) Kosten	116
b) Feststellungsmöglichkeiten	116
aa) Für den Antragsteller	116
bb) Für andere Beteiligte	117
cc) Feststellungsinteresse gegenüber dem Gericht	118
dd) Feststellungsinteresse gegenüber anderen Beteiligten	120
II. Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozeß	121
1. Streitstand	121
2. Die wesentlichen Theorien des Zivilprozesses	122
a) Klageänderungstheorie	122
b) Theorie der privilegierten Klagerücknahme	125
c) Eigenständiges Rechtsinstitut	126
d) Theorie des Klageverzichts	127
III. Anwendung der Theorien auf die FG	128
1. Ausgangspunkt des FG-Verfahrens	128
2. Rechtsfürsorgeverfahren (Antragssachen)	129
a) Klageverzicht	129
b) Klagerücknahme	130
c) Eigenständiges Rechtsinstitut	130
d) Klageänderung	133
3. Streitverfahren	133

Seite

IV. Die Klageänderungstheorie in der FG 135

1. Antrag auf gerichtliche Feststellung der Erledigung 135

2. Verfahrensgegenstand in der FG 136

a) Verfahrensgegenstand in echten Streitverfahren 136

b) Verfahrensgegenstand beim Sachantrag 137

c) Verfahrensgegenstand beim Verfahrensantrag 138

aa) Der Verfahrensantrag 138

bb) Verfahrensgegenstand: Antrag auf Rechtsschutz und Regelung seiner Angelegenheiten 139

cc) Anspruch auf Rechtsschutz in Form der Regelung 140

3. Feststellungsanträge in den Verfahrenstypen 143

a) Sachantrag 143

b) Verfahrensantrag 143

4. Zulässigkeit der Antragsumstellung 144

5. Der ursprüngliche Antrag 145

6. Das Feststellungsinteresse 146

a) Feststellung wegen der Kosten 146

aa) Im Zivilprozeß 146

bb) In der FG 148

b) Feststellung wegen materieller Rechtskraft 149

aa) Rechtsfürsorgeverfahren 149

bb) Streitverfahren 151

7. Rechtskraft der feststellenden Entscheidung 151

a) Das allgemeine Rechtskraftproblem in der FG 151

b) Streitverfahren 153

c) Rechtsfürsorgeverfahren 154

d) Allgemeine Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft in der FG 156

aa) Formelle Rechtskraft 156

bb) Unabänderbarkeit 157

e) Sofortige Beschwerde gegen die Feststellungsentscheidung 158

aa) Keine Abhängigkeit von der Entscheidung zur Hauptsache 158

bb) Keine gesetzlich geregelte sofortige Beschwerde 159

cc) Sachentscheidung, um baldmöglichst Klarheit zu erzielen 160

Seite

V. Sonderfall "Erledigung vor Rechtshängigkeit?" 161

VI. Anwendung auf die Beispielsfälle 163

§ 6 DIE ERLEDIGUNGSBEFUGNIS 165

I. Der Beteiligtenbegriff der FG 165
1. Formelle und materielle Beteiligung 165
2. Einheitlicher Beteiligtenbegriff? 167

II. Der Beteiligtenbegriff der Erledigungserklärung 168
1. Der formell Beteiligte 168
2. Der materiell Beteiligte 169
3. Der formell und materiell Beteiligte 169
4. Der Beteiligte mit Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) 169
5. Der Verfahrensbeteiligte nach der Lehre Kollhossers 172
6. Der Beschwerdeberechtigte 175
a) Die Beschwerdebefugnis 175
aa) Rechtsbeeinträchtigung 176
bb) Recht auf ordnungsgemäße Sachbehandlung 177
cc) Interessenverletzung 179
b) Die Beschwerdeberechtigung bei Nichtentscheid 182
c) Die Beschwerdeberechtigung nach § 20 II FGG 183
7. Der Antragsberechtigte 185
a) Antragsteller und Antragsberechtigter 185
b) Beispiele 187
c) Antragsrecht des Beteiligten 188

III. Sonderfall Streitverfahren 191
1. Privatrechtliche Streitverfahren 191
2. Öffentlich-rechtliche Streitverfahren 193

Seite

§ 7 DIE ERLEDIGUNG ZWISCHEN DEN INSTANZEN UND IM RECHTSMITTELVERFAHREN 194

I. Problemstellung 194
II. Bestandsaufnahme 194
1. Rechtsmittelrücknahme 194
a) Volle Dispositionsbefugnis 194
b) Alleinige Dispositionsbefugnis des Beschwerdeführers 195
2. Erledigungserklärung 196
a) Zwischen den Instanzen 196
b) Im Rechtsmittelverfahren 197
3. Antragsrücknahme 197
a) Zwischen den Instanzen 198
aa) Verfahren mit sofortiger Beschwerde 198
α) Die Ansicht des BGH 198
β) Die Ansicht Jansens 199
γ) Die Ansicht Baurs 199
bb) Verfahren mit einfacher Beschwerde 200
α) H.M.: Beschwerdeeinlegung 200
β) Die Ansicht Bassenges 200
γ) Die Ansicht des Kammergerichts 201
b) Im Rechtsmittelverfahren 203

III. Diskrepanz in der Beurteilung von Erledigungserklärung und Antragsrücknahme 204
1. Zwang zur Rechtsmitteleinlegung 204
2. Abänderungsverfahren 204
3. Zufallsentscheidung 205
4. Beschwer wegen Feststellungsinteresse 206
5. Folgerungen 207

IV. Lösungen im Zivilprozeß 208
1. Erledigung zwischen den Instanzen 208
a) Keine Sachbeschwer (BGH, LM § 91 a ZPO Nr. 4) 208
b) Formelle und materielle Beschwer (BGH, NJW 1975, 539) 209
c) Erledigungserklärung vor dem erstinstanzlichen Gericht (LAG Hamm, NJW 1972, 2063) 210
2. Erledigung im Rechtsmittelverfahren 214

	Seite
V. Erledigung zwischen den Instanzen in der FG	215
1. Gibt es in der FG eine Lage "zwischen den Instanzen?"	215
a) Verfahren mit sofortiger Beschwerde	215
b) Verfahren mit einfacher Beschwerde	216
2. Übertragung der Entwicklung im Zivilprozeß auf die Freiwillige Gerichtsbarkeit	217
a) Rechtsmitteleinlegung	217
aa) Verfahren mit sofortiger Beschwerde	217
α) Beschwer	217
β) Rechtsschutzbedürfnis	218
γ) Abänderungsverbot gem. § 18 II FGG	218
bb) Verfahren mit einfacher Beschwerde	219
α) Prozessuale Überholung	219
β) Feststellungsinteresse	219
γ) Einseitiger Erledigungsantrag als Feststellungsantrag	220
δ) Übereinstimmender Erledigungsantrag	221
b) Erledigungserklärung vor dem erstinstanzlichen Gericht	222
aa) Parallele zum Abänderungsverfahren	223
bb) Übertragung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens	223
cc) Verfahren mit einfacher Beschwerde	224
dd) Verfahren mit sofortiger Beschwerde	224
ee) Einseitige Erledigungserklärung bei Verfahren mit sofortiger Beschwerde	226
VI. Erledigung im Rechtsmittelverfahren	226
1. Keine Beschwer nach Erledigung?	226
a) Beschwer zur Zeit der Rechtsmitteleinlegung	226
b) Beschwer in der FG: Möglichkeitstheorie	228
aa) Rechtsbeeinträchtigung	228
bb) Veränderung der Sachlage	230
cc) Formelle Beschwer	230
2. Kein Rechtsschutzbedürfnis?	231
a) Prozessuale Überholung	231
b) Rechtsschutzbedürfnis kein Zulässigkeitskriterium	232
c) Besonderes Feststellungsinteresse in der FG	233

Seite

3. Die Kostenentscheidung 233
a) Keine Umgehung des § 20 a I FGG 233
b) Vergleich mit der h.M. 234

VII. Erledigung und weitere Beschwerde 235
1. Zwischen den Instanzen 235
2. Im Verfahren vor dem Gericht der weiteren Beschwerde 235

VIII. Erledigung des Rechtsmittels 237
1. Allg. Streitstand 237
2. Bedürfnis zur Rechtsmittelerledigung in der FG 238
3. Übereinstimmende Erledigungserklärung bezüglich des Rechtsmittels 239
4. Einseitige Erledigungserklärung bezüglich des Rechtsmittels 240

IX. Sonderfall der Antragsrücknahme 241
1. Zwischen den Instanzen 241
2. Im Rechtsmittelverfahren 242

X. Ergebnis 242

§ 8 DIE ERLEDIGUNG IM AMTSVERFAHREN 243

I. Einleitung 243
1. Problem der Abgrenzung zwischen Antrags- und Amtsverfahren 243
2. Abgrenzung nach Einleitungsbefugnis 243
a) Vorrang des Amtsverfahrens (h.M.) 243
b) Vorrang des Antragsverfahrens (Kollhosser) 243
3. Arten der Amtsverfahren 244

II. Ansatzpunkt Einleitung: Verfahren mit Einleitungsbefugnis der Beteiligten 245
1. Verkappte Antragsverfahren 245
2. Die Lehre Kollhossers bezüglich der Amtsverfahren 248
a) Vorrang des Antragsverfahrens 248
b) Weiterentwicklung für das weitere Verfahren 248
aa) Bestimmung des Verfahrensgegenstandes 249
bb) Verfahrensbeendigung 250

Seite

3. Verfahren, die sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden können 251

a) Allgemeine Ansicht: Übergang der Verfahrensherrschaft nach Antragstellung 251

b) Nebeneinander von Amts- und Antragsverfahren 252

c) Verfahrensbeendigung durch Beteiligtenhandlung 253

III. Ansatzpunkt öffentliches Interesse: Verfahren mit Beteiligung von Behörden 254

1. Wahrung des öffentlichen Interesses auch bei Beteiligtenbefugnis 254

a) Überwindung der Offizialmaxime 254

b) Wahrung des öffentlichen Interesses bei Beteiligung von Behörden 255

c) Gemeinsame Dispositionsbefugnis 256

d) Standpunkt der h.M. zur Behördenbeteiligung 256

2. Behörden als notwendige formell Beteiligte (am Beispiel des Jugendamtes) 257

a) H.M.: kein notwendig formell Beteiligter 257

b) Keine Unterordnung des Jugendamts als Hilfsorgan 257

c) Zwingende Anhörung bedingt Beteiligung 258

3. Dispositionsbefugnis der Beteiligten 258

4. Gesetzliche Wertung 259

§ 9 ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS 261

LITERATURVERZEICHNIS

Ansorge	Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozeß, Diss. Köln 1973.
Arndt	Anmerkung zu OLG Celle, NJW 1966, 936, in: NJW 1966, 2174 f.
Arnold	Der Kommissionsentwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1979, 241 ff.
Bärmann	Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin - Heidelberg - New York 1968.
Bassenge-Herbst	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Rechtspflegergesetz, Kommentar, 4. Aufl., Heidelberg 1986.
Bassenge	Der Vergleich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1972, 237 ff.
Bassenge	Antragsrücknahme zwischen den Instanzen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: JR 1974, 142 ff.
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann	Zivilprozeßordnung, Kommentar, 45. Aufl., München 1987.
Baumgärtel	Anmerkung zu BAG, Beschluß v. 8.12.1961 (1 ABR 8/60), in: SAE 1963, 31 f.
Baur	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch, Tübingen 1955.
Baur	Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, in: DNotZ 1955, 507 ff.
Baur	Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: AcP 153, 393 ff.
Baur-Wolf	Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., Stuttgart 1980.
Bergerfurth	Hilfsanträge zur Erledigung der Hauptsache? in: NJW 1968, 530 ff.

Bernhardt	Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, in: JZ 1963, 302 ff.
Bettermann	Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 17 ff.
Blomeyer	Zivilprozeßrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963.
Blomeyer	Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozeß, in: Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969, S. 61 ff.
Blomeyer	Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, in: JuS 1962, 212 ff.
Blomeyer	Die Schuldtilgung durch den Beklagten nach Einreichung der Klage als Kostenproblem, in: NJW 1982, 2750 ff.
Bötticher	Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: JZ 1956, 582 ff.
Bötticher	Regelungsstreitigkeiten, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 89 ff.
Bonin	Der Prozeßvergleich, Stuttgart 1957.
Brox	Zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, in: JA 1983, 289 ff.
Brüggemann	Judex statuor und judex investigator, Bielefeld 1968.
Bumiller-Winkler	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl., München 1980.
Bumiller	Zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1973, 3 ff.

Damrau	Verfahrensgrundsätze und Verfahrensablauf in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Lexikon des Rechts, Gruppe 18, Art. 410, Neuwied und Darmstadt, Stand: Juli 1986.
Deubner	Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, in: JuS 1962, 205 ff.
Deubner	Anmerkung zu OLG Saarbrücken (1 U 106/66), NJW 1967, 2212, in: NJW 1968, 848 f.
Deubner	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.11.1968 (VIII ZR 72/66), NJW 1969, 237, in: NJW 1969, 796.
Donau	Die nicht-erledigte Hauptsache, in: JR 1956, 169 ff.
Eickmann	Das rechtliche Gehör in Verfahren vor dem Rechtspfleger, in: Rpfleger 1982, 449 ff.
Erichsen-Martens	Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Berlin 1983.
Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Aufl., München 1980.
Fenn	Anschlußbeschwerde im Zivilprozeß und im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1961.
Fenn	Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.10.1962, (VBLw 20/62), ZZP 77, 305 f., in: ZZP 77, 306 ff.
Fenn	"Effektivere Gestaltung des Beschlußverfahrens" durch vermehrte Dispositionsbefugnis für die Beteiligten, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, Festschrift, München 1979, S. 91 ff.
Furtner	Die Beschwerdeberechtigung im Verfahren nach dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, in: JZ 1961, 526 ff.
Furtner	Die Beschwerdeberechtigung nach § 20 FGG, in: DNotZ 1966, 7 ff.
Gäbelein	Zur Abänderbarkeit von Entscheidungen, in: JZ 1955, 260 ff.

Gernhuber	Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., München 1980.
Göppinger	Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Stuttgart 1958.
Göppinger	Die Rechtsnatur des Erledigungsantrags, in: AcP 156, 476 ff.
Gottwald	Rechtsmittelzulässigkeit und Erledigung der Hauptsache, in: NJW 1976, 2250 ff.
Grunsky	Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974.
Grunsky	Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1981.
Grunsky	Anmerkung zu BAG, Beschl. v. 17.2.1970, (1 ABR 14/69), in: SAE 1971, 24 ff.
Habscheid	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Lehrbuch, 7. Aufl., München 1983.
Habscheid	Die Erledigung der Hauptsache vor Einlegung des Rechtsmittels, in: MDR 1954, 589 ff.
Habscheid	Streitgegenstand im Zivilprozeß und in den Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.
Habscheid	Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 153 ff.
Habscheid	Grundfragen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1957, 164 ff.
Habscheid	Zur Erledigung des Rechtsmittels, in: NJW 1960, 2132 ff.
Habscheid	Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, in: JZ 1963, 579 ff und 624 ff.

Habscheid	Anmerkung zu BayObLG, Beschl. v. 17.7.1978, (I Z 64/78), in: ZfgG 1980, 341.
Hager	Die Kontrolle der Freiheitsentziehung durch die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Entlassung des Betroffenen, in: ZZP 94, 407 ff.
Hahn-Mugdan	"Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen", 7. Band: Materialien zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin 1898.
Heintzmann	Die Erledigung des Rechtsmittels, in: ZZP 87, 199 ff.
Henckel	Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
Hill	Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, Opladen 1970.
Hormuth	Beschwerdeberechtigung und materielle Beteiligung im FG-Verfahren, Köln - Berlin - Bonn - München 1976.
Jans-Happe	Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz; Stand Juli 1985.
Jansen	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1969.
Jansen	Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 11.7.1958, (VZB 13/58 = BGHZ 28, 117 ff), in: Rpfleger 1958, 264.
Jansen	Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Recht und Staat, Heft 290/291, Tübingen 1964.
Jauernig	Zivilprozeßrecht, 21. Aufl., München 1985.
Johannsen	Anmerkung zu BGH, NJW 1962, 1723, in: LM, § 256 ZPO Nr. 74.

Kahl	Beschwerdeberechtigung und Beschwer in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Würzburg 1981.
Kamm	Beschwerdeberechtigung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in: JuS 1961, 146 ff.
Keidel-Kuntze-Winkler	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 11. Aufl., München 1978, 9. Aufl., München und Berlin 1967.
Keidel	Aus der Rechtsprechung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: JZ 1953, 273.
Kissel	Gibt es eine Untätigkeitsbeschwerde im Rahmen des Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit? in: ZZP 69, 3 ff.
Körnich	Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren in Betriebsverfassungssachen, Berlin 1978.
Kollhosser	Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 1970.
Kollhosser	Entwicklungstendenzen im Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: FamRZ 1970, 235 ff.
Kollhosser	Zur Problematik eines "Allgemeinen Teils" in einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, in: ZZP 93, 265 ff.
Kommissionsbericht	Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln 1977.
Lappe	Gegenstandshäufung in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1985, 421 ff.
Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., München 1980.

Lent	Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, in: ZZP 66, 265 ff.
Lepke	Rechtsschutzinteresse, Antragsrücknahme und Erledigung der Hauptsache im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren, in: DB 1975, 1938 ff und 1988 ff.
Lindacher	Untätigkeitsbeschwerde im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit? in: DRiZ 1965, 198 f.
Lindacher	Zur Antragsrücknahme im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1965, 41 f.
Lindacher	Der Meinungsstreit zur "einseitigen Erledigungserklärung", in: JurA 1970, 687 ff.
Lindacher	Beschwerde gegen Nichtbescheidung im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: FamRZ 1973, 433 f.
Lindacher	Verfahrensgrundsätze in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: JuS 1978, 577 ff.
Linke	Die Erledigung der Hauptsache vor Rechtshängigkeit, in: JR 1984, 48 ff.
Lüke	Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in: AöR 84, 185 ff.
Lüke	Grundsätze des Verwaltungsprozesses, in: JuS 1961, 41 ff.
Lüke	Zum zivilprozessualen Klagensystem, in: JuS 1969, 301 ff.
Lüke	Zur Erledigung der Hauptsache, in: Festschrift für F. Weber, Berlin - New York 1975, S. 323 ff.
Lüke	Grundsätzliche Veränderungen im Familienrecht durch das 1. EheRG, in: AcP 178 (1978), 1 ff.
Lüke	Die sofortige Beschwerde im Zivilverfahrensrecht, in: JuS 1979, 863 ff.

Lüke	Fälle zum Zivilverfahrensrecht, Band II, Insolvenzrecht und freiwillige Gerichtsbarkeit, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Heft 79, München 1982.
Maetzel	Zum Erledigungsstreit im Verwaltungsprozeß in: DÖV 1971, 613 ff.
Maunz-Dürig-Herzog (-Bearbeiter)	Grundgesetz, Kommentar, München, Stand: Mai 1986.
Maunz-Zippelius	Deutsches Staatsrecht, 26. Aufl., München 1985.
v. Maydell	Dispositionsmöglichkeiten der Ehegatten im Rahmen des Versorgungsausgleichs, in: FamRZ 1978, 749 ff.
Mössner	Die einseitige Erklärung der Erledigung der Hauptsache, in: NJW 1970, 175 ff.
Müller	Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: NJW 1953, 1659 f.
Müller	Verfahrensbeteiligte in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: NJW 1954, 868 ff.
Müller-Tochtermann	Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache außerhalb des Zivilprozesses, in: NJW 1959, 421 f.
Mümmler	Kostenerstattung und Kostenfestsetzung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: JurBüro 1985, 961 ff.
Münchener Kommentar (-Bearbeiter)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., München 1984.

Münzel	Zur Änderung rechtskräftiger Entscheidungen in der Wertpapierbereinigung, in: NJW 1952, 721 ff.
Munding	Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt/M. 1957.
Nikisch	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952.
Ostendorf	Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, in: DRiZ 1973, 387 ff.
Palandt (-Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 46. Aufl., München 1987.
Pfeuffer	Zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1973, 233 ff.
Pietzner	Zur übereinstimmenden Erledigungserklärung im Verwaltungsprozeß, in: VerwArch Band 75, 79 ff.
Pikart-Henn	Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
Pohle	Zur rechtlichen Bedeutung der Erledigungserklärung nach deutschem Zivilprozeßrecht, Festschrift für G.S. Maridakis II, Athen 1963, S. 452 ff.
Potrykus	Jugendwohlfahrtsgesetz, 4. Aufl., Darmstadt-Nürnberg-Düsseldorf 1955.
Prütting	Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, in: NJW 1980, 361 ff.
Putzo	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.11.1964 (V ZR 187/62), in: NJW 1965, 1018 f.

Redeker-v. Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1985.
Reinelt	"Erledigung der Hauptsache" vor Rechtshängigkeit? in: NJW 1974, 344 ff.
Riedel	Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1965.
Rixecker	Die nicht erledigende Erledigungserklärung, in: ZZP 96, 505 ff.
Rötelmann	Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.3.1959 (V BLw 46/58), in: MDR 1959, 653 f.
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981.
Rothe	Möglichkeiten und Schranken der Abänderung von Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Kiel 1964.
Säcker	Zum rechtlichen Gehör im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: NJW 1970, 1666 ff.
Sannwald	Übergang auf die Kostenklage nach "Erledigung" der Hauptsache vor Rechtshängigkeit, in: NJW 1985, 898 ff.
Schlegelberger	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 7. Aufl., Köln-Berlin 1956.
Schlosser	Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966.
Schlosser	Urteilswirkungen und rechtliches Gehör, in: JZ 1967, 431 ff.
Schneider	Anmerkung zu OLG Celle, NJW 1966, 936, in: NJW 1966, 1367 f.
Schneider	Sachverhaltsaufklärung nach Erledigung der Hauptsache, in: MDR 1976, 885 ff.
Schneider	Anmerkung zu OLG Köln, Beschl. v. 20.2.1979 (9 U 137/78), in: MDR 1979, 499 f.

Schneider	Die Kostenentscheidung im Zivilurteil, 2. Aufl., München 1977.
Schwab	Die einseitige Erledigungserklärung, in: ZZP 72, 127 ff.
Schwab	Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, in: JuS 1965, 81 ff.
Schwab	Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs, in: ZZP 81, 412 ff.
Schwab	Das Verfahren zwischen den Instanzen, Festschrift für Schnorr-v.Carolsfeld, Köln 1972, S. 445 ff.
Schulz	Die Erledigung von Rechtsmitteln, in: JZ 1983, 331 ff.
Schumann	Die abredewidrige Erledigungserkärung (Methodik der Fallbearbeitung), in: JuS 1966, 26 ff.
Siegert	Die Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: ZZP 54, 435 ff.
Smid	Verfahren und Kriterien der Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO, in: ZZP 97, 245 ff.
Stein-Jonas (-Bearbeiter)	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., Tübingen 1984, 19. Aufl., Tübingen 1972.
Stern	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, München 1977.
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, Kommentar, 14. Aufl., München 1986.

Tschira-Schmitt-Glaeser	Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl., Stuttgart-München-Hannover 1975.
Tschischgale	Kostentragung und Kostenerstattung in Verfahren nach dem FGG, in: Rpfleger 1961, 97 ff.
Ule	Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., München 1983.
Ulmer	Die einseitige Erledigungserklärung und der Erledigungsantrag, in: MDR 1963, 974 ff.
Unger	Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, in: ZZP 37, 401 ff.
Waack	Unzulässigkeit einer erneuten Klage wegen einer für erledigt erklärten Hauptsache? Diss. Kiel 1978.
Walchshöfer	Anmerkung zu LAG Hamm, Beschluß v. 24.8.1972 (8 Ta 55/72), in: NJW 1973, 294 f.
Walchshöfer	Anmerkung zu BGH, ZZP 79, 294 und BVerwG, ZZP 79, 299 ff, in: ZZP 79, 296 ff.
Walchshöfer	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.2.1976 (VI ZR 23/72), in: ZZP 90, 186 ff.
Wieacker	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967.
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., Berlin 1975.
Winkler	Der Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit, in: DNotZ 1979, 452 ff.
Wütz	Der Freibeweis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Tübingen 1970.
Zimmermann-Keidel	Die Kostenentscheidung in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Erledigung der Hauptsache unter Berücksichtigung des Preussischen und Bayerischen Landesrechts, in: Rpfleger 1954, 171 ff.

Zimmermann	Kostenentscheidung nach § 13 a FGG, in: Rpfleger 1958, 69 ff.
Zimmermann	Behörden als Beteiligte in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1958, 209 ff.
Zimmermann	Ein neuer Verfahrenstyp in der freiwilligen Gerichtsbarkeit? in: Rpfleger 1962, 42 ff.
Zimmermann	Die freie Gestaltung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Rpfleger 1967, 329 ff.
Zimmermann	Fehlende Unterscheidung zwischen Streitsachen und Nichtstreitsachen, in: Rpfleger 1980, 209 ff.
Zöller (-Bearbeiter)	Zivilprozeßordnung, Kommentar, 14. Aufl., Köln 1984.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
BAGE	Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bayer.EGH	Bayerisches Ehrengericht für Rechtsanwälte
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BVerfGE	Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DAV	Der Amtsvormund
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EheG	Ehegesetz
1. EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

FG	Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
FN	Fußnote
FrGO-E	Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit (1977)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz treffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrdstVG	Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt (Niedersachsen bzw. Nordrhein-Westfalen)
HausratsVO	Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats (Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz)
h.M.	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung
HöfeVfO	Verfahrensordnung für Höfesachen
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HS	Halbsatz
IHK	Industrie- und Handelskammer
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KostO	Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung)
LAG	Landesarbeitsgericht
LdR	Lexikon des Rechts
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.

LPG	Gesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen (Landpachtgesetz)
LwVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschl. der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
PreußFGG	Preußisches Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21.9.1899
PStG	Personenstandsgesetz
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Satz, Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SozGG	Sozialgerichtsgesetz
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv; Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VG	Verwaltungsgericht
VHG	Vertragshilfegesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVerfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)
WPM	Wertpapier-Mitteilungen
ZBlJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1 EINLEITUNG

Ziel dieser Arbeit ist es, gemeinsame Grundsätze für die einzelnen Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit herauszuarbeiten, die eine sichere Antwort darauf ermöglichen, wie sich die Tatsache der Erledigung der Hauptsache auf das gerichtliche Verfahren auswirkt. Dabei wird unter Beachtung der in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Verfahrensgrundsätze zu prüfen sein, wie die Tatsache der Erledigung in das Verfahren eingeführt wird, welche verfahrensrechtlichen Möglichkeiten den Beteiligten dabei zustehen und welche Rechtsfolgen an die jeweilige Beendigungsart zu knüpfen sind.

Im Zivilprozeß besteht trotz gewisser Abweichungen[1] im wesentlichen Einigkeit über die verfahrensmäßige Umsetzung und die Rechtsfolgen der Erledigung: Die Parteien müssen nach dem Verhandlungsgrundsatz die Tatsache der Erledigung in den Prozeß einführen. Der Kläger kann entweder die Klage zurücknehmen (§ 269 ZPO) oder den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären. Stimmt der Beklagte der Erledigungserklärung zu, so bedarf es keines gerichtlichen Ausspruches mehr; es bleibt lediglich der Streit um die Kosten anhängig (§ 91 a ZPO)[2]. Vom Gericht wird nicht geprüft, ob ein Erledigungsgrund vorliegt. Hält hingegen der Beklagte die Klage von Anfang an für unzulässig oder unbegründet, oder verneint er einen Erledigungsgrund, so wird er an seinem Klageabweisungsantrag festhalten. Es bleibt dann bei der einseitigen Erledigungserklärung des Klägers, die den Rechtsstreit nicht beendet. Das Gericht muß durch Urteil feststellen, ob der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist unter Entscheidung über die Kosten nach § 91 ZPO[3].

---

1) Vgl. die Darstellung bei Grunsky, Verfahrensrecht, § 12 II, III.
2) BGH, NJW 1977, 436; BGH, NJW 1968, 991; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 C; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 12; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 20.
3) BGH, NJW 1982, 1598; BGH, NJW 1986, 589; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 D; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 37; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 41.

In der Freiwilligen Gerichtsbarkeit liegen andere Voraussetzungen vor. Die Tatsache des erledigenden Ereignisses wird wegen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 12 FGG) vom Gericht in das Verfahren eingeführt. Ein Dispositionsakt der Beteiligten kann allenfalls in den Antragsverfahren zu einer Verfahrensbeendigung führen; in den Amtsverfahren gilt für die Verfahrenseinleitung, die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes sowie die Verfahrensbeendigung die Offizialmaxime. Aber auch soweit die Dispositionsmaxime anwendbar ist, richten sich ihre Ausprägungen nach der Art des Verfahrens: Je stärker das private Interesse im Vordergrund steht (z.B. Erbscheinsverfahren einerseits, Verfahren zur elterlichen Sorge andererseits), um so größerer Raum wird der Dispositionsbefugnis der Beteiligten gewährt; am weitesten in den sog. Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen es um subjektive Rechte der Beteiligten geht (z.B. Verfahren nach der HausratsVO; Wohnungseigentumssachen).

Weiterhin stehen sich in den Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht immer zwei Beteiligte gegenüber, deren Interessen gegensätzlich sind. Es gibt Verfahren mit nur einem (z.B. Grundbuchsachen) oder solche mit mehreren Beteiligten (z.B. Wohnungseigentumssachen), die u.U. gleichgerichtete Ziele verfolgen, wie z.B. die Erben, die einen gemeinschaftlichen Erbschein beantragen, wobei über die Erbquoten kein Streit besteht. Es ist daher kein Zweiparteienprinzip wie im Zivilprozeß vorgegeben.

Die Parteien des Zivilprozesses können regelmäßig über das streitige materielle Recht disponieren, indem sie anerkennen, verzichten oder sich vergleichen. Das ist in den Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht immer der Fall, da in den Rechtsfürsorgeverfahren nicht über subjektive Rechte gestritten wird und die vom Gericht zu beachtenden öffentlichen Interessen (z.B. in Unterbringungsverfahren) die Disposition der Beteiligten verbieten.

Eine generelle Übernahme zivilprozessualer Grundsätze kommt daher für die Erledigung der Hauptsache nicht in Betracht; die Lösungen des Zivilprozesses müßten den Besonderheiten des Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit angepaßt werden.

Die Materien der Freiwilligen Gerichtsbarkeit sind so unterschiedlich[1)], daß es sich zu verbieten scheint, einheitliche Grundsätze zur Frage der Erledigung der Hauptsache aufzustellen. Die Möglichkeit für den Richter, das Verfahren frei zu gestalten und die Stellung der Beteiligten, die in der Wahrnehmung ihrer Rechte nicht durch bis ins einzelne gehende Verfahrensvorschriften eingeengt werden sollen, widersprechen generellen Lösungen. Gerade die "Flexibilität" im Verfahren und in der Rechtsgestaltung durch den Richter wird als der besondere Vorzug der Freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen[5)].

Zwar gibt es im Verfahrensrecht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit Fragen, die gesetzgeberisch verschieden gelöst werden können. Dann sollten die Grundsätze der freien Gestaltung des Verfahrens und der Freiheit des Richters von formalen Bindungen zu einem zweckmäßigen Ergebnis führen[6)]. Allerdings muß im Interesse der Rechtssuchenden geklärt werden, welche Befugnisse sie als Beteiligte haben und mit welchen Rechtsfolgen dies verknüpft ist. Insofern hat sich unter der Geltung des Grundgesetzes das Bild des Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gewandelt. Insbesondere durch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum rechtlichen Gehör[7)] und zur Richterablehnung[8)] unter Fortführung durch die Literatur[9)] werden die Beteiligten nicht mehr als Objek-

---

4) Z.B. WEG-Verfahren mit zahlreichen Beteiligten und vermögensrechtlichen Interessen; Pflegschaften als Eingriff in höchstpersönliche Rechte; Grundbucheintragungen zur Gewährleistung der Publizität.
5) BGHZ 30, 220 (225); Habscheid, § 19.
6) Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (335).
7) BVerfGE 19,49 ff.
8) BVerfGE 21, 139 ff.
9) Insbesondere Kollhosser, "Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit",1970.

te zur Sachaufklärung angesehen, sondern als eigenständige Verfahrensbeteiligte mit gewissen Verfahrensrechten. Die Beteiligtenstellung hat sich zunehmend dem Parteibegriff des Zivilprozesses angenähert[10].

Für die Lösung des Problems sind bei einer Übernahme zivilprozessualer Grundsätze nicht nur die in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Verfahrensgrundsätze zu beachten, sondern auch die rechtlich veränderte Beteiligtenstellung mit ihren entsprechenden Verfahrensrechten. Dabei wird die Dispositionsbefugnis der Beteiligten abzuwägen sein gegenüber der Notwendigkeit, das Verfahren und die Entscheidung durch das Gericht möglichst zweckmäßig und flexibel zu gestalten.

---

10) Zur neueren Entwicklung vgl. den Entwurf der Reformkommission - FrGO-E -, 1977, z.B. §§ 26 I, 27 IV, 28, 36, 37, 41.

§ 2 DAS ERLEDIGUNGSEREIGNIS

I. Der Begriff der Erledigung

1. In der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Nach h.M.[1] liegt eine Erledigung der Hauptsache vor, wenn nach Verfahrenseinleitung durch ein Ereignis, welches eine Veränderung der Sach- und Rechtslage herbeiführt, der Verfahrensgegenstand wegfällt. Wann dies der Fall ist, läßt sich bei der unterschiedlichen Struktur der Verfahren der FG nicht einheitlich sagen, sondern nur nach ihrem jeweiligen Sinn und Zweck beurteilen[2]. Beispiele sind etwa: In Antragsverfahren der Tod des Ehegatten im Hausratsverfahren, Verlust der Hofeigenschaft im Verfahren nach der HöfeO, Rückgabe des Testamentsvollstreckerzeugnisses bei Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers. In Amtsverfahren z.B. der Wegfall der Gefährdung des Kindeswohls im Verfahren zur Sorgerechtsentziehung (§ 1666 BGB), die Entlassung des Verwahrten im Beschwerdeverfahren gegen die Anordnung der Unterbringung nach den Gesetzen für psychisch Kranke.

Bei Eintritt dieser Ereignisse könnte zwar das Gericht das Verfahren weiter durchführen, eine mögliche Entscheidung ginge jedoch ins Leere; allenfalls könnte das Gericht in Antragsverfahren den Antrag auf Regelung abweisen.

Habscheid[3] definiert die Erledigung in der FG dahin, daß der bisher zulässige und begründete Antrag durch einen nach Einleitung des Verfahrens eingetretenen Umstand unzulässig oder unbegründet geworden ist, definiert also nur für Streitverfahren. Er ist jedoch der Ansicht, daß es auch in den übrigen Angelegenheiten der FG eine Erledigung der Hauptsache gebe, wie § 20 a II FGG zeige[4].

---

1) BGH, NJW 1982, 2505 (2506); BayObLGZ 1971, 182 (184); KG, OLGZ 1973, 143 (146); Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44; Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a bb; Bärmann, § 18 IV 1; Jansen, § 19 Rdnr. 36; Grunsky, § 12 I, IV.
2) BayObLG, NJW 1964, 1326.
3) Habscheid, § 22 II 5 a.
4) Habscheid, § 22 II 5 b.

Einigkeit besteht jedoch darin, daß unter Hauptsache der Verfahrensgegenstand zu verstehen ist. Die Erledigung bedeutet, daß der Verfahrensgegenstand wegfällt, sei es, weil die Regelung sinnlos oder der Antrag unzulässig oder unbegründet wird. Eine Erledigung tritt nur dann ein, wenn das Verfahren bereits eingeleitet ist[5].

2. Vergleich mit dem Zivilprozeß

Damit richtet sich der Begriff der Erledigung der Hauptsache nach den gleichen Grundsätzen, wie sie von der h.M. im Zivilprozeß zu § 91 a ZPO bzw. im Verwaltungsprozeß zu § 161 VwGO vertreten werden. Danach ist die Hauptsache im Zivilprozeß der Streitgegenstand[6]. Dieser muß durch ein Ereignis nach Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 261 I ZPO) oder der Verfahrenseinleitung (§ 128 ZPO) gegenstandslos werden[7]. Das bedeutet nach der h.M., daß die ursprünglich zulässige und begründete Klage, die den Streitgegenstand bestimmt, nachträglich unzulässig oder unbegründet wird[8].

Die Definition der Erledigung nimmt damit im Zivilprozeß Bezug auf den Streitgegenstand. In den Rechtsfürsorgeverfahren der FG fehlt jedoch ein dem Streitgegenstand entsprechender Verfahrensgegenstand. Seine Bestimmung scheitert schon am fehlenden Sachantrag[9]. In der FG ist der Verfahrensgegenstand bislang nur für die Streitverfahren näher untersucht worden[10]. Danach ergibt sich ein dem Streitgegenstand vergleichbarer Verfahrensgegenstand nur in diesen Streit-

---

5) Habscheid, § 22 II 5 a; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 4 a; OLG Köln, FamRZ 1983, 1262.
6) Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 2 a; Rosenberg-Schwab, § 133I.
7) Streitig, ob bei Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit, vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 A m.w.N.
8) H.M.: Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 A; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 3; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 5. A.A.: Rosenberg-Schwab, § 133 I: Die Berücksichtigung des Erledigungsereignisses hängt nicht davon ab, ob die Klage zulässig und begründet war. Ebenso: Göppinger, S. 69, 115 ff; Schwab, ZZP 72, 127 (129); OLG Düsseldorf, NJW 1966, 507.
9) Lappe, Rpfleger 1985, 421 (422).
10) Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der FG, 1956.

verfahren[11], allenfalls noch in den Antragsverfahren, die einen Sachantrag erfordern[12], wie etwa im Erbscheinsverfahren (§ 2357 II BGB). In den übrigen Verfahren, den Amtsverfahren und den Antragsverfahren mit Verfahrensantrag, kann ein solcher Verfahrensgegenstand nicht abgeleitet werden, da der Verfahrensantrag nur das Rechtsschutzziel, aber kein bestimmtes Begehren enthalten muß[13].

Es erscheint daher bedenklich, für alle Verfahren der FG auf den ungeklärten Begriff des Verfahrensgegenstandes zurückzugreifen.

3. Erledigung als tatsächliches Ereignis

a) Abgrenzung von prozessualen Folgen

Normalerweise werden die Parteien des Zivilprozesses die Hauptsache dann für erledigt erklären, wenn ein Ereignis eingetreten ist, das die Klage aussichtslos erscheinen läßt. Notwendig ist ein solches Ereignis aber keinesfalls. Ebenso wie der Kläger seine Klage im Einverständnis mit dem Beklagten zurücknehmen kann, ohne daß es auf die Motive der Parteien ankommt, können diese den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklären, ohne daß das Gericht nachprüfen könnte, ob ein Erledigungsgrund vorliegt[14]. Ob die Klage durch ein Ereignis unzulässig oder unbegründet wird, ist daher für die Erledigungstatsache unerheblich und kann allenfalls für die Wirksamkeit von Erledigungserklärungen und deren Rechtsfolgen von Bedeutung sein. Die Erledigung ist daher ein objektives Ereignis, das weder mit der Erledigungserklärung noch mit der Zulässigkeit oder Begründetheit einer Klage in Zusammenhang gebracht werden darf[15]. Allein entscheidend für die An-

---

11) Habscheid, Streitgegenstand, S. 222 ff.
12) Lappe, a.a.O.
13) BayObLG, Rpfleger 1975, 91: Rechtsschutzziel; Lent, ZZP 66, 267 (271): Verfahrensgegenstand ist die Frage, ob das Gericht eine gewisse Gestaltung vornehmen darf, aber ohne Annahme eines privaten Rechts auf die Gestaltung.
14) Allg. Ansicht: Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6; Rosenberg-Schwab, § 133 II 1 m.w.N.; OLG Düsseldorf, NJW 1964, 822.
15) Schwab ZZP 72, 127 (129).

nahme der Tatsache der Erledigung ist daher der zugrundeliegende Sachverhalt, der jetzt nicht mehr regelbar ist, weil die durch die Gerichtsentscheidung beabsichtigte Regelung sinnlos wäre[16].

Übertragen auf das Verfahren der FG bedeutet dies, daß sich das tatsächliche Erledigungsereignis auf den zu regelnden Sachverhalt beziehen muß, nicht jedoch auf den unbestimmten Begriff des Verfahrensgegenstandes. So hat auch das Bay ObLG[17] ausgeführt, daß - anders als im Zivilprozeß - in der FG als Erledigung der Hauptsache jedes Ereignis anzusehen sei, das eine Sachentscheidung entbehrlich mache. Durch die Bezugnahme auf den Sachverhalt als Verfahrensgrundlage sind gleichzeitig die Fälle ausgeschlossen, in denen sich lediglich die persönlichen Motive der Beteiligten geändert haben[18].

b) Abgrenzung zur Antragsrücknahme

Nach der allgemein anerkannten Definition der Erledigung im FG-Verfahren, wonach der Verfahrensgegenstand wegfällt, kann auch die Antragsrücknahme darunter subsumiert werden. Mit der Antragsrücknahme fehlt in den Antragsverfahren eine wesentliche Verfahrensvoraussetzung, ohne die nicht mehr entschieden werden darf. Die Definition der Erledigung unterscheidet nicht, ob der Verfahrensgegenstand durch eine Beteiligtenhandlung (Antragsrücknahme) oder durch ein Ereignis weggefallen ist, das von den Beteiligten nicht beeinflußt wird.

Teilweise wird daher zu den erledigenden Ereignissen auch die Antragsrücknahme gerechnet[19], andere unterscheiden Antrags-

---

16) So auch die Definition bei Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 2 c: Der Streitgegenstand wird "gegenstandslos".
17) BayObLGZ 1975, 233 (234).
18) Für die Erledigung reicht es nicht aus, daß der Kläger kein subjektives Interesse mehr hat; vgl. Lüke, Festschrift, S. 323 (327).
19) Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44 m.w.N.; Tschischgale, Rpfleger 1961, 97 (101); BayObLGZ 1956, 425 (430); 1973, 30; 1975, 233 (234).

rücknahme und Erledigung[20]. Es ist zwar richtig, daß auch bei der Antragsrücknahme kein Bedürfnis mehr für eine Regelung gegeben ist und diese nicht erfolgen darf. Bärmann[21] weist jedoch zu Recht darauf hin, daß die Antragsrücknahme schon unmittelbar das Verfahrensende herbeiführt, also die verfahrensmäßige Wirkung entfaltet und damit ein eigener Verfahrensbeendigungsgrund sei. Dagegen führt die Tatsache des erledigenden Ereignisses, das materielle Geschehen, noch nicht dazu, daß das Verfahren beendet wird. Vielmehr bedarf es noch einer Verfahrenshandlung, mit der das Erledigungsereignis in das Verfahren umgesetzt wird, etwa die Einstellung durch Gerichtsbeschluß oder die Bewirkungshandlung durch verfahrenswirksame Erledigungserklärungen.

Dabei ist die Tatsachenbeschaffung, die nach dem Untersuchungsgrundsatz (§ 12 FGG) Aufgabe des Gerichts ist, streng von der Beendigung des Verfahrens, die eine Frage der Dispositionsmaxime ist, zu trennen[22]. Die Tatsache der Erledigung muß unterschieden werden von der Frage, wie das erledigende Ereignis verfahrensrechtliche Bedeutung gewinnt[23].

Bei der Antragsrücknahme werden daher nicht korrekt genug die Verfahrensgrundsätze der Dispositionsmaxime und des Untersuchungsgrundsatzes auseinandergehalten. Auch Bärmann, der einige Zeilen zuvor bemängelt, daß es ungenau sei, die Antragsrücknahme als Erledigung anzusehen, da sie unmittelbar zur Beendigung führe, die Erledigung aber nur die Tatsache sei[24], schließt aus dem Amtsermittlungsgrundsatz (d.h. die

---

20) Jansen, § 19 Rdnr. 37; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI Anm. 4 a bb; Zimmermann-Keidel, Rpfleger 1954, 171 (175); Habscheid, § 22 II 1.
21) Bärmann, § 18 IV 1.
22) Lüke, JuS 1961, 41 (42).
23) Vgl. dazu bezüglich der Zivilprozeß-Problematik: Linke, JR 1984, 48 (49); Rixecker, ZZP 96, 511; OLG Hamm, MDR 1979, 941; KG, OLGZ 1980, 241, 242 (unter Hinweis auf das Amtsverfahren der FG, in dem Hauptsacheerledigung mit Verfahrenserledigung zusammenfallen).
24) Bärmann, § 18 IV 1.

Tatsachenseite des Verfahrens), daß in Amtsverfahren das Gericht "von Amts wegen zu prüfen und festzustellen (hat), ob die Hauptsache sich erledigt hat"[25], so daß die Erledigung zur Verfahrensbeendigung führt. Richtig ist, daß das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob ein erledigendes Ereignis eingetreten ist. Aus der Untersuchungsmaxime des § 12 FGG läßt sich aber nicht ableiten, welches Verfahrenssubjekt, Gericht oder Beteiligter, das Verfahren beenden kann. Dies ist eine Frage der Offizialmaxime bzw. Dispositionsmaxime, die in den Amtsverfahren zu dem Ergebnis führt, daß das Gericht als Herr des Verfahrens das Verfahren beendet.

Antragsrücknahme und die Erledigung liegen daher auf verschiedenen Ebenen. Während die Tatsache der Erledigung die Beschaffung des Verfahrensstoffes betrifft, also die Untersuchungsmaxime, handelt es sich bei der Antragsrücknahme um eine Erscheinungsform der Verfügungsbefugnis über Inhalt und Gang des Verfahrens ingesamt, also die Dispositionsmaxime betreffend. Deutlich wird dies an einem Beispiel: Tritt in einem Erbscheinsfall ein erledigendes Ereignis ein, z.B. es wird ein neues Testament mit anderer Erbeinsetzung aufgefunden, so beendet dieses Ereignis das Verfahren noch nicht. Die formelle Beendigung des Verfahrens wird erst durch eine Handlung der Beteiligten, sei es eine Antragsrücknahme oder eine Erledigungserklärung, bewirkt; nach anderer Ansicht durch eine Handlung des Gerichts, nämlich durch die formlose Einstellung oder den Beschluß, daß die Hauptsache erledigt ist[26].

Die Antragsrücknahme ist daher kein Fall der tatsächlichen Erledigung. Die Definition der Erledigung der Hauptsache im Verfahren der FG muß daher wie folgt lauten: Eine Erledigung der Hauptsache liegt dann vor, wenn nach Verfahrensbeginn durch Veränderung der Sach- oder Rechtslage der dem Verfahren zugrundeliegende Sachverhalt nicht mehr regelbar ist, weil

---

25) Bärmann, § 18 IV 2.
26) Rosenberg-Schwab, § 133 I.

die Regelung sinnlos wäre[27].

II. Umsetzung der Erledigung in das Verfahren

1. Verzicht, Anerkenntnis, Vergleich

Das FG-Verfahren kann, außer durch eine Entscheidung des Gerichts, durch folgende Dispositionsakte der Beteiligten beendet werden[28]:

- Anerkenntnis und Verzicht,
- Vergleich,
- Antragsrücknahme und
- die Erklärung der Erledigung der Hauptsache.

a) Anerkenntnis und Verzicht

Anerkenntnis und Verzicht kommen in der FG nur in Betracht, wenn der Verfahrensgegenstand ein vom Antragsteller geltend gemachtes subjektives Recht ist, also nur in den echten Streitsachen der FG. Das bedeutet, daß Anerkenntnis und Verzicht für das Gericht verbindlich sind, wenn die gerichtliche Verfügung der materiellen Rechtskraft fähig ist und die Beteiligten auch nach materiellem Recht verfügungsbefugt sind[29]. Den Beteiligten der FG fehlt aber in der Regel die materielle Dispositionsbefugnis. So können die Eltern im Verfahren nach §§ 1666, 1671, 1672 BGB wegen der besonderen öffentlichen Interessen nicht über ihr Recht zur elterlichen Sorge verfügen. Selbst in Streitverfahren wie dem Versorgungsausgleich, das als Amtsverfahren durchgeführt wird,

---

27) Vgl. auch Zimmermann-Keidel, Rpfleger 1954, 171 (175), der ebenfalls, allerdings ohne nähere Begründung, definiert, daß alle prozessualen Ansprüche gegenstandslos geworden seien, wobei in der FG hinzukomme, daß "die Rücknahme des Antrags oder ein Verzicht des Antragstellers keine Erledigung der Hauptsache in diesem Sinne darstellen."

28) Bärmann, § 18.

29) Lindacher, JuS 1978, 577 (579); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 6; Baur, § 17 I, Grunsky, Verfahrensrecht, § 2; Habscheid, § 22 II 2; Bärmann, § 18 II 1 b; a.A. Bassenge-Herbst, Einl. III 2, unter Vermengung der Dispositionsmaxime mit dem Untersuchungsgrundsatz.

können die Beteiligten nicht unbeschränkt über ihre subjektiven Ansprüche verfügen, da die Schranke des § 1587 o BGB zu beachten ist[30].

Als Verfügung über das materielle Recht sind Anerkenntnis und Verzicht keine Verfahrensformen, mit denen auf ein erledigendes Ereignis reagiert wird. Das Verfahren wird nicht sinnlos, weil der Sachverhalt nicht mehr regelbar wäre. Es soll weiterhin eine gerichtliche Entscheidung ergehen. Das Gericht muß jedoch dem Antrag ohne nähere Prüfung seiner materiellen Begründetheit stattgeben. Es liegt im Rahmen der Dispositionsfreiheit über das materielle Recht, ob der Beteiligte sein subjektives Recht durchsetzen will oder ob ein öffentliches Interesse an seiner Verteidigung von Amts wegen gegen seinen Willen nicht besteht[31]. So kann der Verwalter nach dem WEG eine bestimmte Nutzung durch einen Wohnungseigentümer, die nach der Teilungserklärung zunächst von ihm bestritten wurde, ohne weiteres anerkennen.

b) Vergleich

Auch für den Vergleich gilt, daß er unmittelbar verfahrensbeendigende Wirkung nur hat, wenn die Beteiligten über das materielle Recht verfügen können. Ob ein Vergleich nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen[32] möglich ist oder die Verwandtschaft der Streitsachen mit den im Zivilprozeß durchzuführenden Rechtsstreitigkeiten eine Anerkennung des Prozeßvergleichs für alle Streitsachen erfordert, ist umstritten[33].

Der Vergleich ist jedoch ebenfalls keine Verfahrensform, mit der auf eine Erledigung des Verfahrens reagiert wird. Der gestaltungsbedürftige Sachverhalt besteht weiter. Die Betei-

---

30) BGH, NJW 1983, 173.
31) Bärmann, § 18 II 1 b.
32) Z.B. §§ 14 VHG; §§ 16, 19, 20 II, 31 LwVG; §§ 13 III, 16 III HausratsVO; 44 II, 45 III WEG; § 53 a I FGG; §§ 1587 o BGB, 53 b IV, 53 d FGG.
33) Befürwortend: Munding, S. 32 ff, 39 ff; Habscheid, § 22 II 3; Bärmann, § 18 III 2; ablehnend: Baur, § 21 III 3.

ligten treffen lediglich eine eigene, von ihnen ausgehandelte Regelung. Allenfalls kann ein privatrechtlicher Vergleich über materielle Rechte und Pflichten, soweit die materielle Dispositionsfreiheit reicht, mittelbar zu einer Erledigung der Hauptsache selbst führen. So hat im Verfahren nach § 1672 BGB (Elterliche Sorge bei Getrenntleben) ein Vergleich über die elterliche Sorge keine Bedeutung, weil die Beteiligten nicht über den Verfahrensgegenstand verfügen können. Bei einer Einigung zwischen den Eltern entfällt jedoch i.d.R. der Anlaß zur gerichtlichen Entscheidung; der Streit über die elterliche Sorge ist erledigt (Ausnahme: Entscheidung von Amts wegen bei Gefährdung des Kindeswohls).

Auch der Vergleich kann daher nicht als Dispositionshandlung der Beteiligten aufgrund der Erledigung der Hauptsache angesehen werden und bleibt somit für die weitere Erörterung unberücksichtigt.

2. Antragsrücknahme

a) Grundsatz der freien Rücknehmbarkeit

In allen Antrags- und Streitverfahren ist die Rücknahme des Antrages als Ausfluß der Dispositionsmaxime zulässig[34]. Sie beendet das Verfahren ohne Entscheidung über den Verfahrensgegenstand. Weder über Zulässigkeit noch Begründetheit des Antrages kann noch entschieden werden. Zur Rücknahme berechtigt ist jeder Antragsteller. Wenn mehrere Beteiligte nur gemeinsam zur Antragstellung berechtigt sind[35], werden alle Anträge unzulässig, wenn auch nur einer seinen Antrag zurücknimmt. Hat hingegen jeder ein selbständiges Antragsrecht[36], so ist die Rücknahme seines Antrages für die Behandlung der Anträge der anderen Beteiligten ohne Bedeu-

---

34) Allg. Ansicht: Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 18; Habscheid, § 22 II 1; Bärmann, § 18 I 1 a; Pikart-Henn, S. 76; BGH, NJW 1959, 1323.
35) Z.B. zur Eintragung einer OHG: alle Gesellschafter.
36) Z.B. die Erben im Erbscheinsverfahren.

tung. Der Umstand, daß bereits eine Sachentscheidung über den Antrag ergangen ist, steht seiner Rücknahme nicht entgegen. Er kann bis zur formellen Rechtskraft auch im Beschwerdeverfahren zurückgenommen werden[37].

In den Amtsverfahren ist es rechtlich ohne Belang, ob ein Beteiligter erklärt, er wolle das Verfahren nicht weiter betrieben sehen[38]. Das Gericht kann lediglich unter Umständen daraus entnehmen, daß die Verhältnisse sich geändert haben, z.B. ein Ende der Streitigkeiten eingetreten ist und sich deshalb Maßnahmen erübrigen, die ursprünglich ins Auge zu fassen waren.

Aus dieser freien Rücknehmbarkeit wird deutlich, daß bei Eintritt eines erledigenden Ereignisses auch die Antragsrücknahme eine mögliche Konsequenz für den Antragsteller ist, auf die Erledigung zu reagieren. Zur Abgrenzung gegenüber der Erledigungserklärung sind daher zunächst die Grundsätze der Antragsrücknahme darzustellen.

b) Einwilligung der anderen Beteiligten analog § 269 I ZPO

aa) Streitstand

Herrschende Meinung ist es, daß die Antragsrücknahme in den Verfahren der FG jederzeit ohne Zustimmung der anderen Beteiligten möglich ist[39]. § 269 I ZPO wird nicht entsprechend angewendet, auch nicht in echten Streitsachen der FG[40]. Begründungen werden, soweit ersichtlich, dafür nicht

---

37) Jansen, a.a.O.; BGH, a.a.O.; BayObLG, DNotZ 1963, 732; Damrau, LdR, 18/410 B IV 1. A.A.: Baur, § 21 II 2 c: Nur bei echten Streitsachen in der Zeit zwischen Erlaß und Rechtskraft einer Entscheidung analog § 269 I ZPO.

38) Allg. Ansicht: Habscheid, § 22 II 1; Bärmann, § 18 I 2; BayObLGZ 1961, 318; BGH, NJW 1983, 173 (175).

39) Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 6; OLG Hamm, RdL 1961, 205 (206); Pikart-Henn, S. 76, 1. Abschn. D I 2 b; Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 20; Bärmann, § 18 I 1 b.

40) Jansen, a.a.O.; Zimmermann, Rpfleger 1962, 42 (46).

gegeben; Zimmermann weist lediglich darauf hin[41], daß die freie Gestaltung und die Beweglichkeit des FG-Verfahrens leiden würden.

Im Vordringen befindlich ist die Ansicht, nach der zumindest für die echten Streitverfahren der FG § 269 I ZPO analog angewendet wird[42]: Der gesetzgeberische Grund für das Zustimmungserfordernis des Beklagten zur Klagerücknahme verlange in diesen Verfahren seine analoge Anwendung. Entscheidungen in echten Streitsachen erwachsen in materielle Rechtskraft. In den anderen Verfahren könne im Falle der Antragsrücknahme der Antragsteller seinen Antrag jederzeit wiederholen[43]. Deshalb laufe der Verfahrensgegner nicht nur Gefahr, erneut mit dem gleichartigen gerichtlichen Verfahren überzogen zu werden, er müsse sogar damit rechnen, daß sich durch Zeitablauf die Beweislage ändere, weil Zeugen sterben oder Beweismittel abhanden kommen und deshalb die Entscheidung in einem späteren Verfahren für ihn nachteiliger ausfällt, als wenn sie in dem ersten Verfahren getroffen worden wäre[44]. Ähnlich auch Lindacher[45]: § 269 I 2 ZPO folge aus dem Rechtsschutzbedürfnis. Sinn und Zweck sei die Berücksichtigung des Interesses des Beklagten an einer ihm günstigen Sachentscheidung. Die Interessenlage sei aber in Streitverfahren der FG der im Zivilprozeß vergleichbar. Das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit erfordere daher, in entsprechender Anwendung des § 269 I 2 ZPO die Antragsrücknahme nach Einlassung des Antragsgegners zur Hauptsache nur noch mit dessen Einwilligung zu ermöglichen.

---

41) Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (334/335), Rpfleger 1962, 42 (46).
42) OLG Düsseldorf, NJW 1980, 349; Habscheid, § 19 I 1 d und § 22 II 1; Baur, § 21 II 2 c; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI Anm. 2; Lindacher, JuS 1978, 577 (579) und Rpfleger 1965, 41/42; Damrau, LdR, 18/410 B IV 1; Grunsky, Verfahrensrecht, § 8 II 2 a.
43) Grunsky, a.a.O.
44) OLG Düsseldorf, a.a.O.
45) Lindacher, a.a.O.

bb) Gemeinsame Dispositionsbefugnis aller Beteiligter

Entscheidend ist jedoch der Ansatz, auf den Habscheid[46] verweist: Er fordert ebenfalls die Zustimmung der anderen Beteiligten, da dies als Ausdruck der Dispositionsmaxime anzusehen sei. Soweit die Dispositionsmaxime gelte, seien auch ihre Schranken zu beachten.

In den Streitverfahren und Antragsverfahren herrscht die Dispositionsmaxime. Zur Verfahrenseinleitung genügt der Antrag eines Beteiligten, über das Verfahrensende können jedoch nur alle Beteiligten zusammen entscheiden, wie im Zivilprozeß, wo es nur einen anderen "Beteiligten", den Beklagten, gibt.

Dies muß sowohl für Streit- als auch Antragsverfahren gelten, da in beiden die Beteiligten wegen der Dispositionsmaxime die Herrschaft über den Verfahrensgegenstand haben. Die Einschränkung auf Streitverfahren kann nicht anerkannt werden, da im Antragsverfahren keine Gründe ersichtlich sind, die die Dispositionsmaxime insoweit aufheben könnten: Zwar stehen sich in den Streitverfahren Antragsgegner gegenüber, die ihre subjektiven Rechte wahren; in den Antragsverfahren dagegen Beteiligte, die ihre Interessen vertreten, die nicht gegensätzlich sein müssen. Die Entscheidungen in Antragsverfahren erwachsen auch nicht in materielle Rechtskraft, so daß keine Präjudizialität gegeben sein könnte.

Zu beachten ist jedoch, daß diese anderen Beteiligten ebenfalls antrags- und beschwerdeberechtigt sind. Man wird zwar kein Recht auf Durchführung des Verfahrens anerkennen müssen, das ein anderer Antragsteller begonnen hat, denn nur der Antragsteller bestimmt den Verfahrensgegenstand. Ein aktiver Beteiligter wird jedoch Gegenanträge gestellt haben, wenn seine Interessen nicht mit denen des Antragstellers deckungsgleich sind. Wenn nun der Antragsteller seinen Antrag in

---

46) Habscheid, § 19 I 1 d.

diesem Stadium ohne weiteres zurückziehen könnte, würde der Gegenantrag des anderen Beteiligten bestehen bleiben. Er wäre jetzt der neue (Verfahrens-) Antragsteller, der das Verfahren einleitet und in Gang hält. Trotz der Rücknahme des ersten Antragstellers wird das Verfahren weiter fortgesetzt. Anders dagegen im Zivilprozeß: Durch die Klagerücknahme entfällt der Streitgegenstand, da sich der Gegenantrag in der Negation des klägerischen Anspruches erschöpft.

Die Beteiligten, die Anträge stellen, bestimmen also gemeinsam den Verfahrensgegenstand. Die Nicht-Antragsteller könnten, wenn sie selbst antragsberechtigt sind, nach Rücknahme des Antragstellers den neuen Verfahrensantrag stellen, haben also einen eigenen Anspruch auf das Verfahren. Beispielsweise können im Verfahren zur Erteilung eines Erbscheines (§§ 2353 ff BGB) die Miterben ihrerseits den Antrag auf den gemeinschaftlichen Erbschein stellen, wenn der ursprüngliche Antragsteller seinen Antrag zurückzieht. Als Miterbe bleibt er Beteiligter. Daraus wird deutlich, daß der Antragsteller sich nicht aus dem Verfahren lösen kann, solange und soweit die anderen Beteiligten ihre Gegenanträge aufrechterhalten. Der erste Antragsteller wird als notwendiger Beteiligter nunmehr wieder zum Verfahren beigezogen. Die anderen Beteiligten haben also die Rechtsmacht, den Antragsteller im Verfahren zu halten, oder anders ausgedrückt: Der Antragsteller kann seinen Antrag nur mit Zustimmung der anderen Beteiligten zurücknehmen. Dies wird nur der Fall sein, wenn in diesem Antragsverfahren der Rechtsfürsorgeangelegenheiten widerstreitende Interessen bestehen. Ist dies nicht der Fall, so wird der Antragsteller aber auch die Zustimmung der anderen Beteiligten zur Antragsrücknahme erhalten. Man wird daher als Grundregel bei Gegenanträgen davon ausgehen müssen, daß widerstreitende Interessen vorliegen, so daß die Zustimmung der anderen Beteiligten notwendig ist.

Zum anderen wird aus den obigen Erörterungen deutlich, ab welchem Verfahrensstadium die Zustimmung der anderen Betei-

ligten nötig ist. Es ist der Zeitpunkt, in dem Gegenanträge, sei es schriftlich oder mündlich, gestellt werden und die dahinterstehenden widerstreitenden Interessen deutlich werden. Dies entspricht der Mindermeinung für die echten Streitverfahren, in denen widerstreitende Interessen herrschen müssen: An die Stelle der "mündlichen Verhandlung zur Hauptsache" im Sinne des § 269 I ZPO tritt die schriftliche oder mündliche Einlassung des Verfahrensgegners zur Hauptsache[47].

c) Kostenentscheidung bei Antragsrücknahme

aa) Herrschende Meinung: Anwendung des § 13 a FGG

Die herrschende Meinung[48] ist der Ansicht, die Zulässigkeit einer Kostenentscheidung sei nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen eine Sachentscheidung ergehe. § 13 a I FGG sei vielmehr auch dann anzuwenden, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in Betracht komme[49]. Daraus wird gefolgert, daß dies sowohl die Lage nach Erledigung der Hauptsache als auch nach Antragsrücknahme (bzw. Rechtsmittelrücknahme) umfasse[50]. Beiden Fällen sei gemeinsam, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr erlassen werden könne. Es sei kein Grund ersichtlich, der eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle in bezug auf die Zulässigkeit einer Kostenentscheidung rechtfertigen könne, zumal ein praktisches Bedürfnis für eine Entscheidung über die Kosten nicht verneint werden könne[51]. § 13 a FGG sei die universelle Kostenvorschrift für das FG-Verfahren[52]. Trotz der Rücknahme des gestellten Antrages sei daher Raum für eine

---

47) OLG Düsseldorf, NJW 1980, 349.
48) Jansen, § 13 a Rdnr. 18; KG, OLGZ 1965, 226 (231); Baur, § 21 II 2 d; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 8; a.A.: Zimmermann, Rpfleger 1958, 69 (72).
49) BGHZ 28, 117 (120).
50) BGH, a.a.O.; Tschischgale, Rpfleger 1961, 97 (101); Habscheid, § 22 II 1; KG, NJW 1965, 1538 (1540).
51) BGH, a.a.O.
52) Tschischgale, Rpfleger 1961, 97 (99, FN 35).

Kostenentscheidung, weil eine sie vorsehende oder zulassende Verfahrensbestimmung bestehe.

Nach allgemeiner Ansicht[53] genügt die Rücknahme eines Antrages allein nicht dafür, dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen. Bei der Billigkeitsentscheidung sei die Erwägung, daß der Antrag voraussichtlich unbegründet gewesen wäre, für sich allein nicht ausreichend, da auch die bloße Tatsache der Zurückweisung des Antrages hierzu nicht genügt hätte[54]. Es müssen also Gründe vorliegen, die die Anordnung als sachlich angebracht und angemessen erscheinen lassen. Solche Gründe können wie sonst auch in einer offensichtlich unbegründeten Antragstellung liegen, andererseits in dem Anlaßgeben zum gerichtlichen Verfahren, weiterhin die Aufstellung unrichtiger Behauptungen wie das illoyale Verschweigen, verspätetes Vorbringen von Tatsachen wie auch ungerechtfertigtes Bestreiten, soweit es sachliche oder sachverknüpfte Gründe sind[55].

Die Vorschrift des § 269 III 2 ZPO sei auch in echten Streitverfahren nicht entsprechend anwendbar[56]. Der Antragsteller trage also nicht etwa ohne nähere Sachprüfung die Kosten, nur weil er den Antrag zurückgenommen habe. § 13 a FGG enthalte eine generelle Abkehr von den, den bürgerlichen Rechtsstreit beherrschenden Grundsätzen der §§ 91 I, 269 III 2 ZPO, wonach zwingend eine Kostentragung vorgesehen sei. Diese Regelung sei durch die Billigkeitslösung ersetzt, die besondere Anhaltspunkte erfordere[57].

bb) Keine Kostenentscheidung bei Antragsrücknahme

Zimmermann[58] weist zu Recht darauf hin, daß im Zivilprozeß

---

53) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a aa; Jansen, § 13a Rdnr. 18; KG, OLGZ 1965, 226 (232).
54) Jansen, a.a.O. in Verbindung mit § 13 a Rdnr. 9.
55) Tschischgale, Rpfleger 1961, 97 (100).
56) Jansen, § 13 a Rdnr. 18.
57) Mümmler, JurBüro 1985, 961 (965).
58) Zimmermann, Rpfleger 1958, 69 (72).

zwischen Rücknahme der Klage und Erledigung der Hauptsache unterschieden werde. Bei der zivilprozessualen Klagerücknahme entfällt die Grundlage für die richterliche Tätigkeit. Der Rechtsstreit ist gem. § 269 III 1 ZPO als nicht rechshängig geworden anzusehen. Ohne gesetzliche Bestimmung wäre keine gerichtliche Entscheidung mehr möglich. Das gilt grundsätzlich auch für die Kosten des Rechtsstreits. Da aber wegen der bis zur Rücknahme entstandenen Kosten ein Bedürfnis für eine Kostenregelung besteht, wurde eine gesetzliche Kostenpflicht des Klägers in § 269 III Satz 2 ZPO normiert. Dabei darf das Gericht bei seiner Kostenentscheidung nicht auf den Streitgegenstand und die Prozeßentwicklung zurückgreifen, sondern kann nur ohne Sachprüfung durch Beschluß dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegen. Bei der Erledigungserklärung bleibt dagegen der Rechtsstreit wegen der Kosten anhängig; die Erledigungserklärung erfolgt gerade deshalb, weil eine Partei die Klage wegen der damit verbundenen Kostenfolgen nicht zurücknehmen will.

In Verfahren der FG, die nur auf Antrag eingeleitet werden, ist der Antrag Verfahrensvoraussetzung. Mit der Rücknahme wird dem Verfahren die Grundlage entzogen; es wird damit beendet, und zwar in vollem Umfang. Denn für jede Entscheidung des Gerichts ist das Vorhandensein eines Antrags Voraussetzung, auch für die über die Kosten, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Die Regel nach § 13 a FGG ist, daß eine Kostenentscheidung unterbleibt, wenn nicht besondere Ausnahmegründe eingreifen. Um diese Frage zu entscheiden, muß sich das Gericht mit dem Streitgegenstand befassen. Bei einer Antragsrücknahme wird dem Gericht der Streitgegenstand jedoch entzogen, so daß das Gericht keine Grundlage mehr hat, darüber zu entscheiden, ob hier ein Ausnahmefall der Kostenerstattung gem. § 13 a FGG gegeben ist. Deutlich wird dies an der Parallele zur Klagerücknahme gem. § 269 ZPO: Auch hier entzieht der Kläger den Streitgegenstand. Das Gericht entscheidet, ohne sich mit dem

Streitgegenstand zu beschäftigen und es überhaupt zu dürfen, ohne Wertungsmöglichkeit über die Kosten, die ausnahmslos dem Kläger auferlegt werden müssen (§ 269 III ZPO).

Der Kläger hat gem. § 269 III ZPO die Kosten des Rechtsstreits auch ohne gerichtlichen Ausspruch zu tragen, da der Gerichtsbeschluß nur deklaratorisch ist[59]. Bei seiner Kostenentscheidung hat das Gericht keine Wertungsmöglichkeit, indem es nicht mehr auf den zugrunde liegenden Streitstoff zurückgreifen kann. Somit ist nach h.M.[60] auch keine Auferlegung der besonderen Kosten der Säumnis (§ 344 ZPO) oder der Wiedereinsetzung (§ 238 IV ZPO) möglich. Ebenso ist der Kostenbeschluß auch dann notwendig und zulässig, wenn eine Entscheidung in der Sache selbst wegen Mangels von Prozeßvoraussetzungen nicht zulässig wäre[61]. Es handelt sich somit um einen zweiten selbständigen Tatbestand der Kostenpflicht neben dem des Unterliegens[62].
Die Regelung des § 269 III 2 ZPO ist daher die generelle Entscheidung des Gesetzes zur Kostentragung im Falle der Klagerücknahme. Diese ist notwendig, da ein Zurückgreifen auf den Sach- und Streitstand zur Kostenentscheidung nicht mehr möglich ist; der Kläger hat den Streitgegenstand dem Gericht entzogen.

Eine derartige besondere Regelung, die die Kosten in bestimmter Weise im Falle der Antragsrücknahme verteilt, fehlt in der FG. Das Gericht kann daher, nachdem der Verfahrensgegen-

---

59) Zöller-Stephan, § 269 Rdnr. 17 m.w.N.; Stein-Jonas-Leipold, § 271 Anm. VII; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 269 Anm. 4 B - insoweit aber widersprüchlich, als das Verfahren allein wegen der Kosten rechtshängig bleiben soll, a.a.O. Anm. 4 A.

60) Zöller-Stephan, § 269 Rdnr. 18; Thomas-Putzo, § 269 Anm. 5 c; Rosenberg-Schwab, § 131 III 2; OLG Hamm, MDR 1977, 233; OLG Frankfurt, MDR 1979, 1029.
A.A.: OLG Düsseldorf, NJW 1975, 1569 (1570); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 269 Anm. 4 B b: wegen des Verursachungsprinzips. Aber auch hier keine Wertungsmöglichkeit, da die richterliche Prüfung nur dahin geht, ob andere gesetzliche Ausnahmevorschriften vorgehen.

61) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 271 Anm. VII 2.

62) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 271 Anm. VII 1.

stand weggefallen ist, keine Kostenentscheidung mehr treffen, deren Begründung im Verfahrensgegenstand wie bei den zu prüfenden Ausnahmetatbeständen zu finden ist. Es wird sich stets an die Regel halten müssen, wonach eine Kostenentscheidung in FG-Sachen unterbleibt. Insofern ist es also nicht richtig, wenn als Anwendungsfall des § 13 a FGG auch die Antragsrücknahme mit einbezogen wird. Bei Antragsrücknahme ist keine Prüfung der Ausnahmetatbestände mehr möglich.

Anders ist es bei der Erledigungserklärung, wie auch die Parallele im Zivilprozeß zeigt: Wenn die Parteien für erledigt erklären, wünschen sie zwar keine gerichtliche Entscheidung mehr über den Streitgegenstand. Die Sache bleibt jedoch wegen der Kosten anhängig mit allem Tatsachenmaterial. Das Gericht kann auf diesen Sachverhalt zurückgreifen zur Beantwortung der Frage, wer die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Ebenso in der FG: Falls alle Beteiligten für erledigt erklären, bleibt der Verfahrensgegenstand anhängig, im Gegensatz zur Antragsrücknahme. Jetzt ist eine gerichtliche Prüfung der Kostenerstattung gem. § 13 a FGG möglich, die bei einer Antragsrücknahme unterbleiben müßte.

Die herrschende Meinung, die die Kostenentscheidung nach § 13 a FGG bei Zurücknahme des Antrags für zulässig hält[63], wird im übrigen nicht näher begründet[64]. Man verweist lediglich allgemein darauf, daß § 13 a auch anwendbar sein muß, wenn keine gerichtliche Entscheidung mehr erfolgt und schließt dann auf die Antragsrücknahme. Soweit man den Fall der Antragsrücknahme bzw. Erledigung mit dem der Rechtsmittelrücknahme gleichsetzt[65], bei dem die Rechtsprechung die

---

63) S.o., FN 48.
64) Z.B. Jansen, § 13 a Rdnr. 18.
65) BGHZ 28, 117 (120); BayObLGZ 1975, 233 (234/235); vgl. dazu kritisch KG, NJW 1965, 1538 (1540); Jansen, § 13a Rdnr. 18 und 19; dagegen Jansen, Rpfleger 1958, 264: Es gehe nicht an, §§ 91, 269 ZPO auf einem Umweg dadurch in das FG-Verfahren hineinzutragen, daß der Unterliegende oder derjenige, der einen Antrag oder ein Rechtsmittel zurückgenommen hat, die dem anderen Beteiligten erwachsenen Kosten erstatte.

Kostenentscheidung gem. § 13 a für zulässig hält[66], ist jedoch als Unterschied zu beachten, daß bei der Rechtsmittelrücknahme die erstinstanzliche Entscheidung mit Sachverhalt und Begründung wirksam ist und insoweit dem Gericht verwertbar vorliegt, während, wenn noch keine gerichtliche Entscheidung ergangen ist, der gesamte Verfahrensgegenstand entzogen ist. So hat der BGH auch das Regel-Ausnahme-Prinzip des § 13 a FGG bei der Rechtsmittelrücknahme umgekehrt, indem der Rechtsmittelführer die Kosten erstatten muß, was der Gerechtigkeit entspreche, wenn nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigten[67].

3. Erledigungserklärung

a) Grundsätzliche Problematik

Ob und mit welchen verfahrensmäßigen Konsequenzen die Grundsätze der Erledigungserklärung des Zivilprozesses in der FG angewendet werden können als Reaktion auf ein erledigendes Ereignis ist umstritten. Während der Begriff der Erledigung allgemein anerkannt ist, besteht keine Einigkeit darüber, wie die Tatsache der Erledigung, die gem. § 12 FGG vom Gericht in das Verfahren eingeführt wird, verfahrensmäßig umgesetzt wird. Grundlegend zur Beantwortung dieser Frage ist hierbei, ob den Beteiligten auch die Dispositionsbefugnis bezüglich des Verfahrensendes zusteht, indem sie für das Gericht bindende Erledigungserklärungen abgeben können. Dabei wird nach den Verfahrensarten (Amts-, Antrags- und Streitverfahren) und nach Verfahrensabschnitten (ohne Entscheidung, nach Entscheidung, zwischen den Instanzen, im Rechtsmittelverfahren) unterschieden[68]. Ungeklärt ist, ob sich aus der einseitigen Erledigungserklärung verfahrensrechtliche Besonderheiten ergeben oder ob sie ohne verfahrensmäßige Wirkung ist. Einige Beispiele mögen das Problem verdeutlichen:

---

66) BGHZ 28, 117 (120).
67) BGH, a.a.O. S. 121.
68) S. im einzelnen S. 30 ff.

b) Beispiele

aa) Amtsverfahren

α) Elterliche Sorge

Die elterliche Sorge wird im Scheidungsverfahren gem. § 1671 BGB im Amtsverfahren neu geregelt. Durch wirksame übereinstimmende Erledigungserklärungen würden die Eltern das Verfahren insoweit beenden, so daß sie dann die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam ausüben könnten. Grundsätzlich können zwar die Eltern dem Gericht gem. § 1671 II BGB vorschlagen, die elterliche Sorge solle auch künftig von ihnen gemeinsam ausgeübt werden, nachdem das Bundesverfassungsgericht § 1671 IV 1 BGB für verfassungswidrig erklärt hat[69], der zwingend vorsah, die elterliche Sorge nur auf einen Elternteil zu übertragen. Das Gericht kann jedoch unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls (§ 1671 III BGB) eine andere Regelung treffen, wobei in der Praxis die Neigung besteht, grundsätzlich einem Elternteil die elterliche Sorge zu übertragen, so daß das gemeinsame Sorgerecht die Ausnahme ist[70]. Damit bleibt jedoch dem Familiengericht die eingehende Prüfung des Einzelfalles vorbehalten; im Interesse des Kindes ist jede schematische Sorgerechtsentscheidung nach Antrag der Ehegatten zu vermeiden[71].

Im Gegensatz dazu würden bindende Erledigungserklärungen der Eltern dem Gericht nicht erlauben, den Erledigungsgrund nachzuprüfen, wie auch im Zivilprozeß das Gericht nicht zu entscheiden hat, ob die Hauptsache tatsächlich erledigt ist. Überlagert insoweit ggf. eine Dispositionsbefugnis der Beteiligten den Untersuchungsgrundsatz, oder sind hier die öffentlichen Interessen stärker, die eine materielle Disposition über das elterliche Sorgerecht verbieten?

---

69) BVerfG, NJW 1983, 101 ff.

70) Vgl. zu den Erwägungen zugunsten der früheren Regelung die Argumente in der Entscheidung des BVerfG, die zwar danach sachgerecht sein mögen, jedoch keine ausnahmslose Einschränkung des Elternrechts des Art. 6 II 1 GG rechtfertigen (BVerfG, a.a.O., S. 102, 103).

71) BVerfG, a.a.O., S. 103.

Wenn auch die vom Bundesverfassungsgericht erwähnten Gründe eine Anerkennung von Dispositionsbefugnissen bei § 1671 BGB zu verbieten scheinen, stellt sich dies zur Frage der elterlichen Sorge bei Getrenntlebenden (§ 1672 BGB) anders dar. Hier soll das Verfahren i.d.R. nur auf Antrag eingeleitet werden. So fragt es sich, ob die Eltern die Möglichkeit haben, durch Abgabe von Erledigungserklärungen eine gerichtliche Regelung durch Dispositionsakt zu verhindern bzw. nach einem Gerichtsbeschluß diesen wirkungslos werden zu lassen, etwa wenn sie wieder zusammenleben[72].

β) Versorgungsausgleich

Auch der Versorgungsausgleich ist ein Amtsverfahren (§ 623 III 1 ZPO), d.h. er wird ohne besonderen Antrag der Beteiligten durchgeführt. Dennoch sind die Beteiligten - in Grenzen - insoweit materiell dispositionsbefugt, als sie über den Inhalt des Versorgungsausgleiches Vereinbarungen treffen können (§ 1587 o BGB) oder sie durch notariellen Vertrag in Form des Güterrechtsvertrages (§ 1408 II BGB) den Versorgungsausgleich ausschließen können (§ 53 d S. 1 FGG). Hierbei werden jedoch sozialpolitische Bedürfnisse wie der Schutz des nichterwerbstätigen Ehegatten den grundsätzlich vorhandenen Dispositionsspielraum über den Versorgungsausgleich als Institut des Privatrechts einengen[73]. Es fragt sich, ob die Beteiligten darüber hinaus auch die Befugnis haben, durch übereinstimmende Erledigungserklärungen eine Beendigung des Verfahrens über den Versorgungsausgleich zu bewirken, weil sie übereinstimmend keinen Versorgungsausgleich wünschen.

---

72) Vgl. dazu BayObLG, NJW 1971, 197 f: Der Beschluß gem. § 1672 BGB ist nicht auf die Dauer des Getrenntlebens beschränkt, da anderenfalls der Rechtsverkehr sich nicht auf den Bestand der richterlichen Entscheidung verlassen könnte (Rechtsgeschäfte) wegen der für Dritte nicht sogleich erkennbaren Tatsache des Wegfalls des Getrenntlebens.

Dazu auch OLG Stuttgart, OLGZ 1970, 293 ff und KG, OLGZ 1973, 143 ff.

73) v. Maydell, FamRZ 1978, 749 (752).

Zwar bestimmt § 1587 c Nr. 1 BGB, daß nur bei grober Unbilligkeit kein Versorgungsausgleich durchgeführt werden soll. Nach OLG Celle[74] schließt dies jedoch nicht aus, daß die Vorstellungen der Beteiligten, die beide übereinstimmend die Durchführung des Versorgungsausgleiches als grob unbillig empfinden, mit berücksichtigt werden. Haben dann die Beteiligten als weiteren Schritt die Befugnis, das Verfahren selbst zu beenden, ggf. nach Prüfung der Billigkeit durch das Gericht? Zu bedenken wäre hierbei auch, daß die Beteiligten, obwohl es ein Amtsverfahren ist, wegen des Verbundes von Scheidung und Folgesachen (§ 623 ZPO) gewisse Dispositionsbefugnisse haben. Nimmt der Antragsteller seinen Scheidungsantrag zurück, so entfällt auch die Anhängigkeit der Folgesachen (§ 626 I 1 i.V.m. § 269 III ZPO).

bb) Antragsverfahren

α) Verfahren nach der Höfeordnung

Im Verfahren zur Feststellung des Hoferben (§ 11 I g HöfeVfO) hat das Gericht auf Antrag darüber zu entscheiden, wer Hoferbe geworden ist. Der Antragsteller braucht darüber, wen er für den Hoferben hält, keine Angaben zu machen und keinen Sachantrag dieses Inhalts zu stellen (Antragsverfahren mit Verfahrensantrag). Beantragt er festzustellen, daß er selbst Hoferbe geworden ist, so ist das Gericht daran nicht gebunden. Ergibt sich, daß nicht der Antragsteller, sondern ein anderer Hoferbe geworden ist, so hat das Gericht den Antrag nicht zurückzuweisen, sondern die richtige Hoferbfolge festzustellen; es darf jedoch nicht den Verfahrensgegenstand auswechseln[75].

Es fragt sich, ob bei der Beschränkung auf den Antrag, ein Verfahren einzuleiten (Verfahrensantrag) angenommen werden kann, die Beteiligten hätten die Befugnis, durch ein- oder mehrseitigen Dispositionsakt das Verfahren zu beenden. Können sie bei einseitiger Erledigungserklärung durch das Gericht feststellen lassen, ob und ggf. wie die Hauptsache erledigt

---

74) OLG Celle, FamRZ 1979, 596 (598).
75) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 11.

ist und darüber hinaus, daß entsprechend die Kosten des Verfahrens zu verteilen sind?

β) Erbscheinsverfahren

Stellen mehrere Erben den Antrag auf Erteilung eines Erbscheines (§ 2353 ff BGB), so muß der Antragsteller das beanspruchte Erbrecht genau bezeichnen (Antragsverfahren mit Sachantrag). Bei Zweifeln muß das Gericht eine Zwischenverfügung erlassen, z.B. zwecks Änderung des Antrages, bei unbehebbaren Mängeln den Antrag ablehnen[76]. Entsprechend § 308 ZPO im Zivilprozeß muß der Antrag bestimmt sein und die vom Antragsteller begehrte Rechtsfolge genau bezeichnen. Das Gericht kann nur dem Antrag entsprechen oder ablehnen, hat aber sonst keine Gestaltungsmöglichkeit.

Wird man bei diesem, dem zivilprozessualen Klageantrag entsprechenden Antrag dem Gericht die Befugnis zuerkennen können, auch ohne entsprechenden Antrag der Beteiligten einen Einstellungsbeschluß mit Kostenfolge zu erlassen? Es fragt sich, wie hier im Widerstreit zwischen Disposition der Beteiligten und Untersuchungsgrundsatz zu entscheiden ist, z.B. in der Frage, ob auch einzelne Beteiligte durch Erledigungserklärungen eine gerichtliche Entscheidung erzwingen können, die die Erledigung feststellt. Bei Zuerkennung solcher Dispositionsbefugnisse wäre es dann auch z.B. möglich, daß alle Beteiligten wie Erben und Testamentsvollstrecker durch Erledigungserkärungen die gerichtliche Entscheidung wirkungslos machen: Die Erben könnten entgegen den Anordnungen der Testamentsvollstreckung die Auseinandersetzung unterlassen[77] und die Erbengemeinschaft fortsetzen, falls damit alle Aufgaben des Testamentsvollstreckers erle-

---

76) Palandt-Edenhofer, § 2353 Anm. 3 a m.w.N.
77) § 2204 BGB; dazu BayObLGZ 1953, 357; LG Hannover, JR 1950, 693.

digt sind[78] oder gar die Testamentsvollstreckung beenden[79].

cc) Streitverfahren (Wohnungseigentum)

Im Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) zwischen Verwalter und Eigentümern über bestimmte Nutzungen des Eigentums[80] werden wie im Zivilprozeß gegenseitig subjektive Rechte geltend gemacht (sog. echte Streitsachen der FG). Dies legt es nahe, die zivilprozessualen Grundsätze der Erledigung der Hauptsache zu übertragen. Schließlich stehen sich die Beteiligten streitig gegenüber, so daß das Kosteninteresse wie bei § 91 a ZPO und ein Feststellungsinteresse wie bei der einseitigen Erledigungserklärung gegeben zu sein scheinen. Fraglich ist jedoch, ob wegen der Besonderheiten der FG (§ 13 a FGG statt § 91 a ZPO, Verfahrensantrag statt Bindung an die begehrte Rechtsfolge) hier Modifikationen geboten sind. Kann daher z.B. zur zweckentsprechenden und flexiblen Beendigung des Verfahrens das Gericht auch ohne Antrag oder entgegen dem ausdrücklichen Willen eines Beteiligten die Hauptsache für erledigt erklären?[81] Kann es andererseits den Antrag auf Feststellung durch einen Beteiligten ignorieren, weil es im Interesse des Friedens unter den Beteiligten es für ausreichend hält, das Verfahren formlos einzustellen und keine weiteren Kosten zu verursachen, die ggf. durch Nachforschungen über die Tatsache der Erledigung anfallen würden?[82] Problematisch ist, inwieweit der Flexibilität des Verfahrens Vorrang vor der Rechtsstellung der Beteiligten zu geben ist, wobei das WEG-Verfahren nicht den starren Regeln des Zivilprozesses unterworfen worden ist, andererseits die Beteiligten ggf. einen Anspruch

---

78) Münchener Kommentar-Brandner, § 2225 Rdnr. 1 f.
79) BGH, NJW 1962, 912 (913): Zwischen den Beteiligten kann nicht mit konstitutiver Wirkung das Ende des Testamentsvollstreckeramtes festgelegt werden; allenfalls kann sich aus solchen Absprachen eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers ergeben, sein Amt durch Anzeige beim Nachlaßgericht niederzulegen (BGHZ 25, 275, 281).
80) Z.B. OLG Karlsruhe, OLGZ 1985, 392 ff: Nutzung eines Ladens als Café.
81) OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 434 f.
82) OLG Hamburg, NJW 1959, 2122.

auf eine entsprechende Entscheidung haben[83].

c) Zusammenfassung

Die bei den einzelnen Beispielen aufgeworfenen Fragen lassen sich so zusammenfassen:

- Kann nur das Gericht von Amts wegen ein Verfahren durch Beschluß mit der evtl. Kostenentscheidung nach § 13 a FGG beenden, oder ist es an die Erklärung der Beteiligten, daß die Hauptsache erledigt sei, gebunden?
- Welche Rechtsfolgen sind ggf. an übereinstimmende und einseitige Erledigungserklärungen zu knüpfen? Kann die übereinstimmende Erledigungserklärung für eine Kostenregelung von Bedeutung sein, kann die einseitige Erledigungserklärung eines Beteiligten ihm dem Gericht gegenüber einen Anspruch geben, durch rechtskräftigen Beschluß die Erledigung festzustellen?
- Muß zwischen den einzelnen Verfahren und zwischen den einzelnen Verfahrensstadien (Erklärung vor und nach Erlaß einer Entscheidung, vor und nach Einlegung eines Rechtsmittels) unterschieden werden?

---

83) Besonders bei Streitverfahren mit Sachantrag, z.B. § 1383 BGB (Zugewinnausgleich durch Übertragung von Vermögensgegenständen); §§ 7, 8 LPG (Pachtschutzangelegenheiten).

§ 3 DIE ERLEDIGUNGSERKLÄRUNG

I. Meinungsstand zur Erledigungserklärung in der FG

1. Amtsverfahren

In den Amtsverfahren der FG ist es einhellige Meinung[1], daß das Gericht von Amts wegen zu prüfen und festzustellen habe, ob sich die Hauptsache erledigt habe. Ist dies der Fall, sei das Verfahren erledigt. Eine etwaige Erledigungserklärung der Beteiligten sei für das Gericht nicht bindend. Einer abschließenden Entscheidung des Gerichts, also der Einstellung durch Beschluß, bedürfe es nicht[2]. Die Erledigung der Hauptsache sei von Amts wegen zu beachten; daher dürfe das Gericht eine Regelung nach sachlichem Recht nicht mehr treffen. Das bedeute aber nicht, daß das Gericht in der Beschlußformel eine Entscheidung über die Erledigung fällen müsse. Beim Amtsverfahren sei daher das Verfahren bei Erledigung einzustellen, ohne daß die Erledigung notwendigerweise in der Beschlußformel auszusprechen sei[3]. Über die etwaige Erstattung außergerichtlicher Kosten entscheide das Gericht nach Billigkeit (§ 13 a FGG)[4].

Das bedeutet in Anwendung auf die beiden Beispiele eines Amtsverfahrens (Elterliche Sorge und Versorgungsausgleich), daß die Beteiligten keinen Einfluß auf die Beendigung des Verfahrens haben. Sie können weder "Anträge" zurücknehmen, die nur unverbindliche Anregungen wären, noch die Hauptsache für erledigt erklären. Dafür mögen gewisse öffentliche Interessen sprechen wie das Kindeswohl im Sorgerechtsverfahren und sozialpolitische Erwägungen im Versorgungsausgleich.

---

1) Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 7; Jansen, § 19 Rdnr. 36; Habscheid, § 22 II 5 b aa; KG, OLGZ 1973, 143 (147); BGH, NJW 1982, 2505 (2506).
2) KG, OLGZ 1973, 143 (146) gegen OLG Stuttgart, FamRZ 1970, 207 f = OLGZ 1970, 293 f.
3) BayObLGZ 1958, 222 (225); Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44.
4) Bärmann, § 18 IV 2.

Rechtsprechung und Literatur beschäftigen sich jedoch nicht mit Dispositionsbefugnissen der Beteiligten. Sie folgern ihr Ergebnis, daß Beteiligtenhandlungen kein Verfahrensende bewirken könnten, aus der Untersuchungsmaxime[5].

2. Antragsverfahren

a) Herrschende Meinung

Für die Antragsverfahren der FG hat nach h.M. ein Dispositionsakt der Beteiligten keine unmittelbare Bedeutung für das Verfahrensende[6]. Dies gelte selbst dann, wenn die Verfahren nach dem Gesetzeswortlaut sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden können[7]; lediglich der Antrag auf Bescheidung des Antrags entfalle. Falls überhaupt eine Begründung gegeben wird, folgert die h.M. dieses Ergebnis ebenfalls aus dem Amtsermittlungsgrundsatz. Die Erledigung sei von Amts wegen zu beachten und unter den Voraussetzungen des § 13 a FGG nur noch über die Kosten zu entscheiden[8]. Das Gericht habe selbständig darüber zu befinden, welche verfahrensrechtlichen Folgen sich aus einer Veränderung des Sachverhaltes ergeben[9]. Das von Amts wegen zu beachtende Ereignis der Erledigung bedeute nur, daß das Gericht wegen dieses Ereignisses eine Regelung nach sachlichem Recht nicht mehr treffen dürfe, nicht jedoch, daß das Gericht in der Beschlußformel eine Entscheidung über die Erledigung der Hauptsache fällen müsse. Vielmehr sei die Erledigung des Verfahrens der maßgebliche Grund, warum das

---

5) Bärmann, § 18 IV 2; Bumiller-Winkler, § 12 Anm. 3 b; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 7; Jansen, § 19 Rdnr. 36; BayObLGZ 1958, 222; BayObLGZ 1978, 246; OLG Stuttgart, OLGZ 1976, 402.

6) Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 7; Habscheid, § 22 II 5 b bb; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 4 b bb; KG, Rpfleger 1959, 385 (386); OLG Stuttgart, OLGZ 1985, 395.

7) BayObLGZ 1961, 318 (320); OLG Celle, ZblJR 1958, 148. Z.B. § 1672 BGB, § 65 JWG.

8) Habscheid, § 22 II 5 b bb.

9) KG, Rpfleger 1959, 385 (386).

Gericht von einer Sachentscheidung absehe und daher den weiter verfolgten Antrag aus diesem Grund zurückweisen müsse, was sich aus der Begründung ergeben könne[10].

Diese Meinung würde für die beiden Beispielsfälle der Antragsverfahren (Hoferbenfeststellung und Erbscheinsverfahren) bedeuten, daß die Beteiligten wie im Amtsverfahren keinen Einfluß auf die Beendigung des Verfahrens hätten, obwohl das Verfahren nur aufgrund ihres Dispositionsaktes, des Sach- oder Verfahrensantrages, eingeleitet wird. Grundsätzlich liegen aber solche Verfahren im privaten Interesse, wie das Antragserfordernis zeigt. Gewichtige öffentliche Interessen, die über die Richtigkeitsgewähr hinausgehen, sind grundsätzlich nicht erkennbar.

b) Bärmann

Bärmann[11] weist zu Recht darauf hin, daß in den Antragsverfahren kein Anlaß bestehe, die Verfahrensbeendigung nur durch das Gericht herbeiführen zu lassen. Auch durch Antragsrücknahme, eine Beteiligtenhandlung, könne das Verfahren beendet werden. Hier überlagere die Dispositionsbefugnis der Beteiligten den Amtsermittlungsgrundsatz.

Soweit den Beteiligten insoweit eine Dispositionsbefugnis auch hinsichtlich des Verfahrensendes zustehe, könne ihnen auch die Beendigung des Verfahrens überlassen werden, indem sie übereinstimmend die Hauptsache für erledigt erklären. Diese Erledigungserklärung sei für das Gericht bindend[12]. Es habe nicht nachzuprüfen, ob materiell wirklich eine Erledigung eingetreten sei, sondern sich auf eine Kostenentscheidung nach § 13 a FGG (Billigkeit) zu beschränken. Durch die Erledigung der Hauptsache sei der Antrag unzulässig oder unbegründet geworden; nehme der Antragsteller ihn nicht zurück oder erkläre ihn nicht für erledigt, so habe das

---

10) KG, OLGZ 1973, 143 (147).
11) Bärmann, § 18 IV 3 a.
12) Bärmann, a.a.O.

Gericht den Antrag zurückzuweisen[13].

Bärmann wendet somit im Ergebnis die zivilprozessualen Grundsätze der übereinstimmenden Erledigungserklärung aufgrund der "vorherrschenden" Dispositionsmaxime an, lediglich modifiziert in der Kostenfolge nach § 13 a FGG. Welche Wirkungen jedoch eine einseitig gebliebene Erledigungserklärung hat, erläutert Bärmann nicht.

c) Grunsky

Grunsky[14] stellt dagegen allein auf die Dispositionsmaxime ab, ohne eine Vermengung mit dem Untersuchungsgrundsatz bezüglich des Erledigungsereignisses vorzunehmen. Er weist darauf hin, daß die Bindung des Gerichts an die übereinstimmende Erledigungserklärung allein auf der Dispositionsmaxime beruhe. Da diese in allen Antragsverfahren bestehe, dürfe das Gericht die Erledigung nicht von sich aus feststellen, sondern sei an übereinstimmende Erledigungserklärungen der Beteiligten gebunden. Habe sich die Hauptsache erledigt, ohne daß der Antragsteller eine Erledigungserklärung abgibt, so könne das Gericht nicht von sich aus die Hauptsache für erledigt erklären, sondern müsse den Antrag abweisen.

Grunsky erkennt als einziger ausdrücklich auch die einseitig gebliebene Erledigungserklärung an und mißt ihr (allerdings ohne nähere Begründung) rechtliche Wirkung zu: Das Gericht habe bei einseitiger Erledigungserklärung zu prüfen, ob sich die Hauptsache erledigt habe; bejahe es diese Frage, habe es die Erledigung festzustellen[15]. Fraglich daran ist, ob allein der Antragsteller oder auch andere Beteiligte das Gericht durch eine einseitige Erledigungserklärung zur Feststellung der Erledigung veranlassen können. Soweit zumindest nur ein Verfahrensantrag möglich ist, ist problematisch,

---

13) Str.; a.A.: OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 434 f.
14) Grunsky, Verfahrensrecht, § 12 IV.
15) Grunsky, a.a.O.

ob der Berechtigte insofern bei Erledigung den Verfahrensgegenstand bestimmen kann, als nunmehr das Gericht entscheiden soll, ob die Erledigung eingetreten ist oder nicht.

3. Streitverfahren

a) Herrschende Meinung

In Streitverfahren der FG soll das Gericht nach herrschender Meinung an Erledigungserklärungen der Beteiligten gebunden sein[16]. Wegen der Gegnerstellung der Beteiligten soll hier die Parallele zum Zivilprozeß möglich sein. Die Institute der übereinstimmenden und einseitigen Erledigungserklärung werden übernommen[17].

Die Erledigungserklärungen könnten beide Beteiligte abgeben; dann habe das Gericht sich auf die Kostenentscheidung zu beschränken und nicht nachzuprüfen, ob die Erledigung materiell eingetreten sei[18]. Bei der Kostenentscheidung sei gem. § 13 a FGG u.a. der Verlauf des Verfahrens zu berücksichtigen, wie er sich voraussichtlich entwickelt hätte, wenn das erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre[19]. Eine einseitige Erledigungserklärung könne grundsätzlich nur der Antragsteller abgeben; sie verpflichte das Gericht, über die Erledigung sachlich zu befinden, also auszusprechen, ob die Hauptsache erledigt sei und ferner über die Kosten zu

---

16) Habscheid, § 22 II 5 a; Bärmann, § 18 IV 3 b; BayObLGZ 1979, 117 (121); OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 74; OLG Bamberg, FamRZ 1982, 398.

17) Bärmann, § 18 IV 3 a; OLG Stuttgart, JurBüro 1985, 1700.

18) Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 7; Habscheid, § 22 II 5 a; Jansen, § 19 Rdnr. 56.

19) BGHZ 66, 297 (300): Gerichtskosten analog § 91 a ZPO, außergerichtliche Kosten gem. § 13 a FGG; OLG Hamm, Rpfleger 1958, 187 (188/189): nur gem. § 13 a FGG, § 91 a ZPO paßt wegen des Ermessens in den übrigen Sondergesetzen (z.B. §§ 20 HausratsVO, 47 WEG) nicht. Es kommt daher nicht ausschließlich auf das voraussichtliche Obsiegen und Unterliegen an (herrschende Meinung, vgl. Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a bb).

entscheiden[20].

Nach dieser Ansicht würden die Streitverfahren nach zivilprozessualen Grundsätzen ablaufen, lediglich modifiziert durch einige Besonderheiten, wie z.B. die Kostenfolge aus § 13 a FGG. Dies entspricht auch der Tendenz in der Rechtsprechung, die sich weitgehend für eine entsprechende Anwendung zivilprozessualer Vorschriften ausgesprochen hat[21].

b) Bayer. EGH

Nach anderer Ansicht kommt es auch in den Streitverfahren nicht auf die Erklärungen der Beteiligten an, sondern allein auf die von Amts wegen zu beachtende Frage, ob die Hauptsache tatsächlich erledigt ist[22]. Die Grundsätze der Amtsermittlung und der freieren Verfahrensgestaltung seien nicht vereinbar mit der Bindung an formelle Prozeßerklärungen der Beteiligten. Sei ein Ereignis eingetreten, das die Hauptsache erledige, so könne dies das Gericht ohne Rücksicht auf Erklärungen der Parteien feststellen und isoliert über die Kosten entscheiden[23]. Der BGH hat die Frage bislang offengelassen[24]. Über die Kosten des Verfahrens könne jedenfalls entschieden werden, ohne daß es einer Erledigungserklärung der Parteien oder des Gerichts bedürfe[25].

---

20) BayObLGZ 1979, 117 (121) und OLG Stuttgart, JurBüro 1985, 1700 in WEG-Sachen; OLG Bamberg, FamRZ 1982, 398 in Auskunftsverfahren nach §§ 1587e, 1580, 1605 BGB; BayObLGZ 1978, 294 (299): Erkläre der Antragsteller nicht für erledigt, so sei der weiterverfolgte Antrag unter Feststellung der Erledigung in den Gründen zurückzuweisen (Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 4 b aa); a.A.: OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 434.

21) Vgl. die Übersicht bei Habscheid, § 7 III 1.

22) Bayer. EGH in Ehrengerichtliche Entscheidungen, Bd. 9, S. 153 ff (Beschluß vom 18.4.1967).

23) Bayer. EGH, a.a.O., S. 155.

24) BGHZ 50, 197 (199).

25) BGHZ 66, 297 (300).

c) Jansen

Eine vermittelnde Ansicht[26] sieht das Gericht jedenfalls dann, wenn die Beteiligten die Hauptsache für erledigt erklären, als an diese Erklärung gem. § 91 a I ZPO gebunden an[27]. Z.T. wird betont, daß in Streitsachen eine Entscheidung zur Hauptsache auch die gegen den Widerspruch zumindest eines Beteiligten getroffene Feststellung sei, daß die Hauptsache erledigt sei[28], mithin auch eine einseitige Erledigungserklärung anerkannt wird. Daneben soll das Gericht aber auch ohne oder gar gegen die Erklärungen der Beteiligten die Hauptsache für erledigt erklären können[29]. Dies sei z.B. der Fall, wenn es eines auf Feststellung gerichteten Sachantrages nicht bedürfe, andererseits aber wegen der gestaltenden Funktion des Gerichts ein gerichtlicher Ausspruch, daß der Streit beendet sei, notwendig erscheine[30] wie z.B. bei Erledigung der Hauptsache im Hausratsverfahren. Das Gericht könne zumindest in den Verfahren mit Verfahrensantrag die Hauptsache für erledigt erklären, statt den Antrag zurückzuweisen[31].

---

26) Jansen, § 19 Rdnr. 36; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 7; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 4 b cc; OLG Frankfurt, OLGZ 1980, 74; OLG Stuttgart, OLGZ 1985, 395.

27) Vgl. Müller-Tochtermann, NJW 1959, 421 (422): Da es ein Kennzeichen aller Streitverfahren sei, daß sie vom Bestehen von Streit unter den Parteien abhängig seien und sich erledigen müssen, sobald der Streit beendet sei, gelte der nichtkostenrechtliche Grundgedanke des § 91 a ZPO in allen Streitverfahren, damit auch in den Streitverfahren der FG.
OLG Celle, NdsRpfl. 1960, 226 (227): Wenn das Verfahren bei Eintritt eines Erledigungsereignisses (hier Tod des Hofabgebers) im Genehmigungsverfahren nach §§ 16, 17 HöfeO nicht von den Beteiligten für erledigt erklärt wird, hat das Gericht zu entscheiden.

28) Jansen, § 20 a Rdnr. 8.

29) Jansen, a.a.O.; Keidel-Kuntze-Winkler, a.a.O; LG Hamburg, NJW 1959, 2122.

30) LG Hamburg, NJW 1959, 2122.

31) OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 434 (434).

4. Nach Erlaß einer Entscheidung

Unterschiedliche Ansichten über die prozessuale Folge eines Erledigungsereignisses bestehen nicht nur für den Fall, daß das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist, sondern auch dann, wenn schon eine gerichtliche Entscheidung vorliegt. Problematisch ist dies für die sog. "Verfügungen mit Dauerwirkung". In der FG gibt es zahlreiche Verfügungen, die auf einen längeren Zeitraum angelegt sind und der unbefristeten Beschwerde unterliegen. Diese werden allgemein als "Verfügungen mit Dauerwirkung" bezeichnet[32]. Beispiele dafür sind die Regelung der elterlichen Sorge gem. §§ 1666, 1671 BGB, die Ernennung zum Vormund (§ 1789 BGB) oder die Anordnung von Fürsorgeerziehung (§ 64 S. 2 JWG).

Falls in derartigen Verfahren nach Erlaß der gerichtlichen Entscheidung Umstände eintreten, die die Regelung sinnlos werden lassen, mithin eine Erledigung eintritt, fragt es sich, ob die Beteiligten jetzt noch durch übereinstimmende Erledigungserklärung den Beschluß unwirksam machen können, denn wegen der unbefristeten Beschwerde kann keine materielle Rechtskraft eintreten. Wird z.B. der Beschluß über die elterliche Sorge gem. § 1672 BGB nicht unwirksam, wenn die Eltern wieder zusammenleben[33], so könnten die Eltern durch Abgabe übereinstimmender Erledigungserklärungen dem Beschluß die Wirksamkeit entziehen. Fraglich ist, ob diese Erledigungserklärungen analog § 269 ZPO rückwirkende Kraft hätten, was sicherlich nicht wünschenswert wäre, da der eine Elternteil für die Vergangenheit durch den Beschluß eine Rechtsstellung erlangt hat, die ihm nicht rückwirkend entzogen werden dürfte[34].
Grundsätzlich ist bei Verfügungen mit Dauerwirkung auch ohne

---

32) Habscheid, § 27 III 5; Keidel-Kuntze-Winkler, § 28 Rdnr.2.
33) H.M.: Palandt-Diederichsen, § 1672 Anm. 1; BayObLG, NJW 1971, 197.
34) So OLG Stuttgart, OLGZ 1970, 293 (295), das deswegen den gerichtlichen Ausspruch der Erledigung des Verfahrens vermeiden will und daher im konkreten Fall die Erledigung des Rechtsmittels zuließ. A.A.: KG, OLGZ 1973, 143/144.

ausdrückliche Regelung die Anpassung an veränderte tatsächliche Verhältnisse durch eine neue Entscheidung anerkannt[35]. Dabei handelt es sich jedoch nicht darum, daß eine frühere Entscheidung abgeändert werden soll. Vielmehr bleibt sie in ihrem förmlichen Bestand unberührt, es wird nur der durch sie geschaffene Rechtszustand durch eine neue Regelung mit ex-nunc-Wirkung ersetzt[36]. Dies geschieht im Gegensatz zur Abänderung nach § 18 FGG bezüglich Verfügungen, die das Gericht nachträglich für ungerechtfertigt erachtet, in einem neuen Verfahren. Es fragt sich, ob dieses neue Verfahren durch die Anerkennung wirksamer Erledigungserklärungen erspart werden kann.

5. Zwischen den Instanzen

Soweit eine gerichtliche Entscheidung schon ergangen ist, die Erledigung aber vor Einlegung eines Rechtsmittels eintritt, wird von der herrschenden Meinung die Einlegung eines Rechtsmittels als unzulässig angesehen; eine während der Rechtsmittelinstanz eingetretene Erledigung mache das Rechtsmittel unzulässig[37].

Zur Begründung führt die h.M. aus: Der Beteiligte sei nicht mehr beschwert, die Entscheidung gehe ins Leere. Ob der Antragsteller rechtliche Interessen dahingehend hat, daß eine Erledigung festgestellt wird, oder ob die Kostenentscheidung entgegen § 20 a FGG korrigiert werden kann, wird nach herrschender Meinung nicht geprüft.

---

35) Bumiller-Winkler, § 18 Anm. 1; Keidel-Kuntze-Winkler, § 18 Rdnr. 2; Habscheid, § 27 III; Baur, § 24 C I; Lüke, Fälle zum Zivilverfahrensrecht II, S. 102.

36) Lüke, a.a.O.; Bötticher, JZ 1956, 582; Jansen, § 18 Rdnr. 2; Bumiller-Winkler, § 18 Anm. 1 b.

37) Jansen, § 19 Rdnr. 46 m.w.N.; Bumiller-Winkler, § 20 a Anm. 2; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 46 m.w.N.; BayObLGZ 1965, 348/349; BayObLGZ 1966, 82 (85); BayObLG, Rpfleger 1978, 315 und 377. Zwischen den Instanzen: Jansen, a.a.O.; Keidel-Kuntze-Winkler, § 29 Rdnr. 32; Bumiller-Winkler, § 12 Anm. 3 b; OLG Karlsruhe, OLGZ 1986, 129, BayObLGZ 1964, 149; BayObLGZ 1974, 167 (168).

So habe der aufgrund der jeweiligen Landesgesetze für psychisch Kranke[38] vorläufig Verwahrte kein Rechtsschutzbedürfnis, die Rechtswidrigkeit der Einweisungsverfügung gerichtlich überprüfen zu lassen, wenn er noch vor Einlegung des Rechtsmittels entlassen wurde[39]. Die Sondervorschrift des § 113 I S. 4 VwGO, nach der das Gericht nach Erledigung der Hauptsache auf Antrag durch Urteil auszusprechen habe, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, sei nicht entsprechend anzuwenden; das Rechtsmittel sei nicht zu dem Zweck eingeräumt, jenseits des eigentlichen Verfahrens liegende Zwecke zu verfolgen, wie etwa Schadensersatzansprüche vorzubereiten[40].

Nach Habscheid[41] hat dagegen das Rechtsmittelgericht zu prüfen, ob die Erledigung wirklich eingetreten ist, der ursprünglich zulässige und begründete Antrag erledigt, also unzulässig oder unbegründet geworden ist. Der Zulässigkeit des Rechtsmittels stehe es nicht entgegen, daß der Antragsteller mit seinem Rechtsmittel die Erledigungserklärung für die Hauptsache anstrebt. Das OLG Celle[42] hat in einem

---

38) Z.B. Niedersächsisches Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke und Schutzmaßnahmen -NPsychKG- vom 30.5.1978. (GVBl. S. 443); Saarland: Gesetz Nr. 896 über die Unterbringung von psychisch Kranken und Süchtigen (Unterbringungsgesetz) vom 10.12.1969, Amtsblatt des Saarlandes, 1970, 22 ff; Nordrhein-Westfalen: Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten - PsychKG- vom 2.12.1969, GVBl. 1969, 872 ff.

39) BayObLGZ 1964, 149 = NJW 1964, 1326; so auch OLG Celle, NdsRpfl. 1965, 155 f; BayObLG, ZZP 94, 458: Die Beschwerde wird mit Entlassung unzulässig.

40) BayObLG, a.a.O., S. 1327; OLG Celle, a.a.O., S. 156; a.A.: Hager, ZZP 94, 407 (411): das Rehabilitationsinteresse genügt.

41) Habscheid, § 22 II 5 a.

42) OLG Celle, OLGZ 1979, 133:In Anlehnung an die Entscheidung des BGH in NJW 1965, 537f für den Zivilprozeß ist die Beschwerde zu bejahen, wenn der Beteiligte ein berechtigtes Interesse an einem richterlichen Ausspruch daran hat, daß sein Anspruch bis zum erledigenden Ereignis bestanden habe, d.h. die Voraussetzungen einer negativen Feststellungsklage im Zivilprozeß gegeben wären.

Verfahren nach dem WEG ein Interesse des Antragstellers an der Prüfung, ob das Antragsbegehren überhaupt begründet war, bejaht. Der Zulässigkeit stehe nicht entgegen, daß der Antragsteller mit seinem Rechtsmittel die Erledigungserklärung anstrebe.

6. Im Beschwerdeverfahren

Tritt das erledigende Ereignis im Rechtsmittelverfahren ein, so wird nach herrschender Meinung[43] das Rechtsmittel unzulässig, weil die Beschwer entfallen sei. Der Beschwerdeführer müsse sein Rechtsmittel auf den Kostenpunkt beschränken, wenn er die Abweisung seines Rechtsmittels vermeiden wolle. Einen Anspruch auf Feststellung der Erledigung gebe es auch dann nicht. Nur der Kostenpunkt sei noch Gegenstand des Beschwerdeverfahrens[44].

Für eine Entscheidung in der Beschlußformel, wonach das Verfahren in der Hauptsache erledigt sei, bestehe somit kein Bedürfnis[45]. Werde das Rechtsmittel nach Eintritt der Erledigung des Verfahrens auch in der Hauptsache weiterverfolgt, sei es in vollem Umfange unzulässig geworden und dementsprechend zu verwerfen, ohne daß das Beschwerdegericht auch in diesem Falle eine ausdrückliche Entscheidung über die Erledigung der Hauptsache als Ausspruch in der Beschlußformel zu treffen hätte[46].

Bei Erledigung zwischen den Instanzen kann somit die Entscheidung zur Hauptsache und über die Kosten nicht mehr angefochten werden. Falls das Erledigungsereignis jedoch zufällig nach Beschwerdeeinlegung eingetreten ist, bleibt die Beschwerde unter Beschränkung auf die Kosten zulässig. Wegen

---

43) Jansen, § 20 a Rdnr. 11; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 6; BayObLGZ 1958, 222; KG, OLGZ 1973, 143 (148).
44) BayObLGZ 1958, 222/223.
45) KG, a.a.O.
46) KG, a.a.O.

der Kosten muß der Beschwerdewert des § 20 a II FGG nicht erreicht werden[47].

II. Kritik an den bisherigen Ansichten

Soweit den Beteiligten von Rechtsprechung und Literatur die Befugnis versagt wird, das Verfahren bindend zu beenden, beruhen diese Ansichten auf zwei grundsätzlichen Erwägungen: der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und der Flexibilität bzw. Zweckmäßigkeit des Verfahrens.
Beide Argumente begegnen jedoch grundsätzlichen Bedenken.

1. Zweckmäßigkeit des Verfahrens

a) Ermessen im Verfahren

Während die Rechtsstreitigkeiten des Zivilprozesses in einem Verfahren entschieden werden, das mit einem Höchstmaß an Rechtsschutzgarantien ausgestattet ist[48], regelt das FGG nur die Grundsätze des Verfahrens[49] und läßt im übrigen dem Ermessen des Richters einen weiten Spielraum, um das Verfahren möglichst zweckmäßig durchzuführen. Dadurch, daß das FGG als Rahmengesetz nur gewisse Leitlinien des Verfahrens aufstellt, hat der Richter der FG die Möglichkeit, sein Verfahren freier und beweglicher zu gestalten sowie es den jeweiligen Bedürfnissen des einzelnen Falles anzupassen[50].

So bestehen im FGG keine Vorschriften darüber, ob das Verfahren mündlich oder schriftlich durchzuführen ist. Die Entscheidung darüber, in welcher Form sich der Richter die Grundlage seiner Entscheidung verschafft, steht in seinem

---

47) Jansen, § 20 a Rdnr. 11.
48) Z.B. Unabhängigkeit der Richter, §§ 40 ff ZPO; Parteirechte wie Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme, rechtliches Gehör, §§ 118, 225 c, 128 II 4, III, IV usw. ZPO.
49) Untersuchungsgrundsatz, § 12 FGG; Abänderbarkeit von Entscheidungen, § 18 FGG; Beschwerde, § 20 ff FGG.
50) BGHZ 30, 220 (225).

Ermessen. Dabei wird er auf die Beteiligten und den Gegenstand des Verfahrens Rücksicht nehmen müssen. So wird er wegen der erforderlichen Anhörung des Kindes im Verfahren nach § 1666 BGB grundsätzlich die mündliche Verhandlung wählen; bei gemeinsamen und entsprechenden Anträgen der Erben auf Erteilung eines Erbscheines das schriftliche Verfahren. Während die Zivilprozeßordnung nur den Strengbeweis kennt mit einer begrenzten Anzahl von Beweismitteln und einem bestimmten Verfahren (§§ 355 ff ZPO), kann der Richter der FG mangels besonderer Vorschriften auch formlose Ermittlungen wie Beiziehung von Akten und formlose Befragungen von Auskunftspersonen vornehmen[51].

Das Gericht muß jedoch eine förmliche Beweisaufnahme durchführen, wenn durch formlose Ermittlungen eine genügende Aufklärung nicht zu erreichen ist, sowie vor allem dann, wenn es auf die Erweisbarkeit bestimmter Einzeltatsachen ankommt, deren Feststellung für die Entscheidung ausschlaggebend ist[52]. Unterläßt das Gericht die so geforderte Beweisaufnahme, so liegt eine Verletzung des § 12 FGG vor[53].

Daraus wird deutlich, daß das Ermessen des Richters in der Verfahrensgestaltung nicht völlig frei ist. Vielmehr gebieten es heute die Rechte der Beteiligten, das Ermessen zu begrenzen. So wird sich das aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG) hergeleitete Recht der Beteiligten auf Teilnahme an der Beweisaufnahme und Stellungnahme zum Beweisergebnis[54] nur schwerlich bei einem Verfahren verwirklichen lassen, dessen Entscheidungsgrundlagen auf dem Freibeweis, etwa der formlosen Einholung von Auskünften, beruhen. Es erscheint daher fraglich, ob heute noch von einem "Grund-

---

51) Habscheid, § 21 II 1; Jansen, Wandlungen, S. 29 ff: Die in der FG im Vordergrund stehende Rechtsfürsorge macht den Freibeweis notwendig. Dagegen mit beachtlichen Gründen Wütz, S. 116/117.
52) Habscheid, § 21 II 1; OLG Stuttgart, MDR 1980, 1030 m.w.N.
53) KG, NJW 1961, 2066; Jansen, Wandlungen, S. 29 ff.
54) Kollhosser, ZZP 93, 265 (287).
55) Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (330).

satz der freien Gestaltung des FG-Verfahrens"[55] ausgegangen werden kann. Der Gedanke der Elastizität des Verfahrens kann heute nur dort wirksam werden, wo andere Gründe fehlen, die für die Geltung einer Vorschrift sprechen. Insbesondere darf die Zweckmäßigkeit des Verfahrens nicht über rechtsstaatliche Erwägungen gestellt werden[56].

b) Ermessen in der Entscheidung

Zahlreiche Gesetze der FG enthalten Normen, die den Ausspruch einer konkret bezeichneten Rechtsfolge von einer Ermessensentscheidung abhängig machen[57] oder die anzuordnende Rechtsfolge nicht genau bestimmen[58] oder Rechtsnormen, deren Tatbestand weit und generalklauselartig gefaßt ist[59]. Gerade in diesen "Ermessensnormen" wird eine Besonderheit der FG gesehen[60]. Teilweise[61] wird darauf verwiesen, daß der freieren Stellung des Richters der FG bei der Anwendung des materiellen Rechts die freiere Verfahrensgestaltung entsprechen muß. So wird die fehlende Bindung an einen Sachantrag als eine Erscheinungsform der freien Gestaltung des Verfahrens gesehen[62].

Zu Recht verweist Habscheid[63] jedoch darauf, daß es gerade wegen des Ermessens im Verfahren und in der Entscheidung ein rechtsstaatliches Anliegen sei, Regeln für das Verfahren zu finden, damit alle gerichtlichen Verfahren gleicher Art nach gleichen Regeln ablaufen. Ein Verfahren ohne feste Regeln berge die Gefahr unrichtiger Entscheidungen in sich. Aus dem Entscheidungsermessen kann somit nicht auf die

---

56) Wütz, S. 39.
57) Z.B. § 1672 BGB: Entscheidung von Amts wegen möglich.
58) Z.B. § 1666 BGB "die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen"; § 8 I HausratsVO: "Hausrat... verteilt der Richter gerecht und zweckmäßig".
59) Z.B. § 26 WEG: Verwalterbestellung in "dringenden Fällen".
60) Habscheid, § 19 vor I; Bettermann, Festschrift für Lent, S. 28.
61) Baur, DNotZ 1955, 507 (514 f).
62) Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (330).
63) Habscheid, § 19 vor I.

Befugnisse des Gerichts oder der Beteiligten zur Verfahrensgestaltung geschlossen werden.

c) Zuweisung von Materien aus "Zweckmäßigkeit"

Der FG wurden im Laufe der Zeit immer neue Materien zugewiesen, die nicht im Zivilprozeß abgehandelt werden konnten oder deren Regelung in dieser Verfahrensart zumindest nicht "zweckmäßig" erschien[64]. Z.Zt. seiner Verkündung 1899 umfaßte das FGG als Nebengebiet des Verfahrensrechts das Vormundschafts- und Personenstandswesen, die Nachlaß- und Teilungsschen sowie das Grundbuch- und Registerrecht. Dieser sog. "klassische Bereich"[65] der FG ist Rechtsfürsorge; dem Bürger sollte bei der Erreichung seiner Ziele Hilfestellung geleistet werden[66]. Je nachdem, ob an der Rechtsfürsorge ein öffentliches Interesse im Vordergrund stand, oder der Rechtsschutz primär um der Interessen des Einzelnen willen gewährt wird, handelte es sich um Amts- oder Antragsverfahren[67].

Schon mit Inkrafttreten des BGB 1900 wurden der FG neue Verfahrensarten unterstellt, die sog. Streitsachen[68]. Seitdem hat der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen[69] für weitere Gebiete die Zuständigkeit des Richters der FG begründet, z.B. die Höfeordnung (1933), die Hausratsverordnung (1944), das Wohnungseigentumsgesetz (1951), den Zugewinnausgleich (1957) und den Versorgungsausgleich (1977). Gerade weil diese Verfahren aufgrund der besonderen Flexibilität der FG zugewiesen worden sind (freie Gestaltung der Verhältnisse der Beteiligten, Untersuchungsgrundsatz)[70],

---

64) Habscheid, Rpfleger 1957, 164.
65) Habscheid, § 6 I 1.
66) Habscheid, § 6 I 2.
67) Z.B. Pflegschaften einerseits, Grundbuch andererseits.
68) Z.B. §§ 1246 II, 1357 II, 2227 BGB; 166 III HGB.
69) Habscheid, Rpfleger 1957, 164 (168).
70) Brüggemann, S. 82: Amtsermittlung bei weitgehender Formenfreiheit scheint eine schnellere, billigere und nicht zuletzt sachgemäßere Entscheidung zu verbürgen.

erscheint es zwar geboten, das Ermessen des Richters auch in verfahrensrechtlicher Sicht nicht einzuschränken. Zu beachten ist jedoch, daß die Verfahren dieser neueren Materien zumeist nur auf Antrag eingeleitet werden, die privaten Interessen daher im Vordergrund stehen.

Richtig ist zwar, daß Fürsorge nicht schematisch angeordnet werden kann[71]. In den klassischen Rechtsfürsorgeangelegenheiten der FG, z.B. in den Vormundschaftssachen, die größtenteils Amtsverfahren sind, liegt jeder Fall anders, so daß hier die Ausübung des richterlichen Ermessens sowohl im Verfahren als auch in der Entscheidung auch unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses geboten sein kann. Verfahren jedoch, die ausschließlich oder überwiegend im privaten Interesse stattfinden und daher Antrags- oder echte Streitverfahren sind, bedürfen einer Beschränkung des Ermessens. Bei echten Streitsachen z.B. geht es um subjektive Rechte der Beteiligten. Entweder steht dem Antragsteller das in Anspruch genommene Recht zu, dann ist dem Begehren zu entsprechen, anderenfalls ist der Antrag abzuweisen. Daher müssen hier wegen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Regeln aufgestellt werden, die über den Rahmen des FGG hinausgehen.

d) Anwendung der ZPO

Streitverfahren sind daher im Laufe der Zeit immer stärker den Regeln des Zivilprozesses mit seinen Rechtsschutzgarantien angenähert worden[72]. Aber auch Rechtsfürsorgeverfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden, tendieren ebenfalls dahin, Regeln des Zivilprozesses, die die Stellung des Beteiligten stärken, zu übertragen und analog anzuwenden. Denn in diesen Verfahren stehen wegen des Antragserfordernisses private Interessen im Vordergrund, die rechtlich ge-

---

71) Habscheid, Rpfleger 1957, 164 (168).
72) Vgl. die Übersicht über die Anwendung von ZPO-Normen bei Keidel-Kuntze-Winkler, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 4; grundlegend Habscheid, Rpfleger 1957, 164 (168).

schützt sein müssen. Das reine Ermessen des FG-Richters scheint dafür zumindest heute nicht recht passend, da Ermessen leicht zur Willkür werden kann[73].

Der BGH[74] hat dazu ausgeführt, daß Lücken in den Verfahrensvorschriften der FG nicht ohne weiteres durch eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen der ZPO ausgefüllt werden könnten. Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der ZPO-Vorschriften sei nur möglich, wenn es ausdrücklich angeordnet sei, oder soweit es sich um echte Streitsachen oder um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt, der in der ZPO lediglich seinen Niederschlag gefunden habe[75].

Der Wille des Gesetzgebers, diese Verfahren gerade der FG und nicht dem Zivilprozeß zuzuweisen, darf also nicht durch eine weitgehende entsprechende Anwendung der ZPO vereitelt werden. Dieser Zwiespalt zwischen richterlichem Ermessen wegen der Flexibilität des Verfahrens und gestärkter Beteiligtenrechte wegen des Rechtsschutzes privater Rechte und Interessen, wie er in den einzelnen Verfahren sich abgestuft äußert, spielt auch für die Frage der Beendigung des Verfahrens nach tatsächlicher Erledigung eine Rolle. Er tritt hier in der Frage hervor, wer die Beendigung des Verfahrens herbeiführen kann. Auch dies ist eine Frage der Abgrenzung der Befugnisse von Gericht und Beteiligten.

2. Der Untersuchungsgrundsatz

a) Abgrenzung zum Dispositionsgrundsatz

Als Definition der Dispositionsmaxime gilt[77]: Sie ist als Befugnis der Parteien bzw. Beteiligten anzusehen, das Thema, den Verfahrensgegenstand, zu bestimmen. In den von ihr

---

73) Habscheid, Rpfleger 1957, 164 (168).
74) BGHZ 28, 117 ff.
75) BGH, a.a.O., S. 119.
76) Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (334).
77) Lüke, JuS 1961, 41 (42); Rosenberg-Schwab, § 79 I; Thomas-Putzo, Einl. I 1 b; Grunsky, Verfahrensrecht, § 3 II 1; Nikisch, § 50 I.

gekennzeichneten Verfahren wird der Rechtsschutz durch den Staat gewährt, wenn, soweit und solange er verlangt wird. Der korrespondierende Begriff, die Offizialmaxime, besagt, daß die Einleitung des Verfahrens dem Gericht bzw. einer staatlichen Behörde obliegt und daß das Gericht bzw. die Behörde den Gegenstand des Verfahrens bestimmt[78] (z.B. die Staatsanwaltschaft im Strafprozeß).

Das Begriffspaar Verhandlungsgrundsatz/Untersuchungsgrundsatz bezieht sich dagegen ausschließlich auf die Tatsachenseite des Prozesses[79]. Nach dem Verhandlungsgrundsatz ist es Sache der Parteien, den Tatsachenstoff einzuführen und das Gericht darf nur die Tatsachen verwerten, die von den Parteien in den Prozeß eingeführt worden sind. Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet demgegenüber das Gericht zu Ermittlung und Beweis der entscheidungserheblichen Tatsachen[80].

Heute werden diese Begriffe für den Zivilprozeß überwiegend streng auseinandergehalten. Zutreffend wird die Dispositionsmaxime als Gegensatz bezüglich der Verfahrenseinleitung der Offizialmaxime gegenüber gestellt, während der Verhandlungsgrundsatz bezüglich des Tatsachenvortrages als Gegenstück zum Untersuchungsgrundsatz aufgefaßt wird[81].

Die klare Unterscheidung dieser beiden Begriffspaare kann aber auch heute noch nicht als ganz selbstverständlich angesehen werden; ein Teil der Literatur vermengt diese

---

78) Grunsky, Verfahrensrecht, § 4 III 1; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. I 1 a.
79) Lüke, a.a.O., S. 42, Rosenberg-Schwab, § 78 II, IV; Thomas-Putzo, Einl. I 1 a, 2.
80) Rosenberg-Schwab, § 78 IV 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grundz. § 128 Anm. 3 G; Thomas-Putzo, Einl. I 2; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. I 2 a.
81) Grundlegend Lüke, JuS 1961, 41 f.

Begriffe auch weiterhin[82]. Insbesondere im Verwaltungsprozeß unterschieden Rechtsprechung und Literatur diese Begriffe bis vor einigen Jahren nicht.[83]

Es ist daher nicht richtig, die Verfahrensbeendigung durch das Gericht allein aus der Begründung herzuleiten, es gelte der Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 12 FGG. Dies ist nur die erste Stufe, die Einführung des Erledigungsereignisses in das Verfahren; davon unberührt bleibt die verfahrensrechtliche Befugnis, aus diesem Erledigungsereignis entsprechende prozessuale Konsequenzen zu ziehen.

Auch im Verwaltungsprozeß, in dem Dispositionsmaxime und Inquisitionsmaxime nebeneinander gelten, ist es herrschende Meinung, daß eine übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien das Gericht binde. Das Gericht könne ohne entsprechende Erledigungserklärung der Beteiligten die Erledigung der Hauptsache nicht von Amts wegen feststellen[84], weil allein die Dispositionsmaxime, nicht aber die Inquisitionsmaxime über die Verfügungsbefugnis bezüglich des Streitgegenstandes entscheide[85].

---

82) Jauernig, § 25 I, der die Verhandlungsmaxime zur Abgrenzung des Streitgegenstandes heranzieht; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grdz. § 128 Anm. 3 B, der die Frage, ob die Partei im Zivilprozeß das Gericht anrufen will, weder dem Dispositions- noch dem Verhandlungsgrundsatz unterstellen will. Der Beibringungsgrundsatz bezeichne die Herrschaft über das Verfahren, der Dispositionsgrundsatz die Herrschaft über den sachlichen Anspruch.

83) BVerwGE 13, 174 (175 f); heute noch Eyermann-Fröhler, § 86 Rdnr. 1 und 2.

84) Vgl. z.B. Redeker- v. Oertzen, § 161 Rdnr. 4; Ule, § 45 I 1.

85) Pietzner, VerwArch. Bd. 75, 79 (80) m.w.N., insbesondere auch zur früher herrschenden Meinung im Verwaltungsprozeß, die Dispositionsmaxime und Inquisitionsmaxime gleichsetzte, z.B. BVerwGE 13, 174 (175 f).

Gleiches gilt für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren (§§ 80 ff ArbGG), das von der Dispositionsmaxime geprägt ist (§§ 81, 83 a ArbGG). Während früher das Bundesarbeitsgericht[86] Erledigungserklärungen der Beteiligten nur als unverbindliche Anregungen ansah für die vom Gericht vorzunehmende Prüfung, ob eine Verfahrensbeendigung eingetreten sei, so ist heute durch § 83 a II ArbGG[87] klargestellt, daß Erledigungserklärungen als Dispositionsakte der Beteiligten verfahrensbeendigende Wirkungen haben; die Einstellung durch das Gericht hat nur deklaratorische Bedeutung[88].

b) Verschiedene Ausprägungen der Grundsätze

Im Gegensatz zum Zivil- und Verwaltungsprozeß werden die Verfahrensgrundsätze in der FG in Rechtsprechung und Literatur - jedenfalls theoretisch[89] - streng auseinandergehalten[90]. Schließlich ist der Untersuchungsgrundsatz in § 12 FGG normiert; die Einteilung der Verfahren in Amts- und Antragsverfahren macht die jeweilige Geltung der Dispositions- und Offizialmaxime deutlich.

---

86) BAGE 4, 268 (271 f); 22, 289 (293).
87) Eingefügt durch die Beschleunigungsnovelle (Gesetz vom 21.5.79).
88) Grunsky, ArbGG, § 83 Rdnr. 8; Fenn, Festschrift, S. 101. So schon früher Baumgärtel SAE 1963, 31 (32); Grunsky, SAE 1971, 24 (26): kein Offizialprinzip.
89) Baur, § 16 III.
90) BGH, NJW 1983, 173 (175); Habscheid, § 19 I, II; Baur, § 16 II, III; So schon Hahn-Mugdan, Materialien, S. 37: "Der Entwurf geht davon aus, daß der Richter... seine Anordnungen von Amts wegen zu treffen hat, soweit nicht für einzelne Angelegenheiten... etwas anderes bestimmt ist" (Offizialmaxime/Dispositionsmaxime).
"Eines besonderen Ausdrucks bedarf indessen dieser Grundsatz nicht, da er sich aus dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von selbst ergibt. Dagegen empfiehlt es sich... im Gesetz den Grundsatz hervorzuheben, daß der Richter... die weiteren zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen...von Amts wegen zu veranlassen hat (§ 12)" (Untersuchungsgrundsatz)

Falls es daher zu Vermischungen und Ungenauigkeiten in der Abgrenzung der Maximen zwischen Verfügungsbefugnis über das Verfahren einerseits und Tatsachenseite andererseits kommt, kann es sich allenfalls um die Auslegung der Begriffe handeln. Denn sicher ist, daß der Dispositionsgrundsatz - anders als der Untersuchungsgrundsatz - keinen festumrissenen Inhalt hat, sondern an den verschiedenen Stellen des Prozesses in unterschiedlicher Ausprägung zum Tragen kommt[91]. Selbst im Zivilprozeß ist der Dispositionsgrundsatz durchbrochen, z.B. kein Vergleich in den Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen. Gleiches gilt für den Verhandlungsgrundsatz[92], wie z.B die Beweiserhebung von Amts wegen (§§ 144 I, 372, 273 II Nr. 4; 448 ZPO). Auch im Verwaltungsprozeß ist der Untersuchungsgrundsatz nicht völlig rein erhalten, wie die sog. Feststellungslast[93] zeigt.

Deshalb können die Verfahrensgrundsätze zur Schließung von Gesetzeslücken nur mit Vorsicht herangezogen werden[94].

III. Ausgangspunkte für die Lösung

Im folgenden muß untersucht werden, ob sich aus der Geltung der Verfahrensmaximen Erkenntnisse für die bindende Beendigung des Verfahrens herleiten lassen. Im Fall der Dispositionsmaxime soll geklärt werden, ob die im Zivilprozeß entwickelten Grundsätze der Erledigungserklärung, die als Ausdruck der Dispositionsbefugnis über das Verfahren gelten kann, in der FG anerkannt werden können.

---

91) Lüke, JuS 1961, 41 (42); Brüggemann, S. 102.
92) Prütting, NJW 1980, 361 (363): wobei dadurch die Grundlagen des Zivilprozesses nicht verändert werden (S. 364).
93) BVerwGE 3, 245; Rosenberg-Schwab, § 114 I 3 a; Lüke, a.a.O., S. 44.
94) Lüke, a.a.O., S. 42.

1. Die Geltung der Dispositionsmaxime

a) Klärung aus dem Begriff

Aus den Begriffen allein lassen sich keine Lösungen für prozeßrechtliche Probleme herleiten, wie die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts meinte. Die Maximen können lediglich als Richtmaß dienen, um Zusammenhänge zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht zu verdeutlichen[95]. Denn die Prozeßmaximen sind keine festgefügten Begriffe[96], sondern sie zeigen sich in verschiedenen Formen, sind teilbar und vielfach aufgelockert und durchbrochen[97]. So faßt die Dispositionsmaxime mehrere prozessuale Regeln zusammen: Einleitung auf Antrag, Grenzen der richterlichen Prüfung, Beendigung durch Parteien, Vergleichsmöglichkeiten usw. Diese verschiedenen Ausprägungen müssen aber nicht immer sämtlich nebeneinander gelten[98].

So ist die Vergleichsmöglichkeit auch in Antragsverfahren in der Regel nicht gegeben, weil in FG-Verfahren die Beteiligten wegen des öffentlichen Interesses nicht über das materielle Recht verfügen können. Z.B. wird zwar das Verfahren zur Regelung der elterlichen Sorge bei getrenntlebenden Ehegatten (§ 1672 BGB) auf Antrag eingeleitet, die Beteiligten können sich aber über das materielle Recht, die elterliche Sorge, nicht vergleichen[99].

Die Parteien des Zivilprozesses sind i.d.R. über den Streitgegenstand verfügungsbefugt[100]. Andererseits wird das

---

95) Henckel, S. 118; Brüggemann, S. 102 ("Richtungsbegriffe").
96) Lüke, JuS 1961, 41 (42).
97) Henckel, S. 118.
98) Munding, S. 18/19.
99) Der Vorschlag der Eltern zur Regelung gem. § 1672, 1671 III BGB ist unverbindlich; das Gericht kann davon abweichen, wenn es eine andere Regelung für das Kindeswohl für angemessener hält; vgl. Palandt-Diederichsen, § 1671 Anm. 3.
100) Die Vergleichsbefugnis fehlt nur in einigen Sonderverfahren, z.B. in Ehe- und Kindschaftssachen. Sie ist eingeschränkt in §§ 1614 I, 1615 e I 2, II BGB; sie fehlt persönlich beim Gemeinschuldner im Konkurs; vgl. Thomas-Putzo, § 1025 Anm. 2 a.

Streitverfahren des Versorgungsausgleichs von Amts wegen eingeleitet; die Dispositionsbefugnis ist wegen § 1587 o BGB jedoch nicht völlig aufgehoben[101].

Ebenso wäre es grundsätzlich möglich, daß auch die Offizialmaxime teilbar ist[102]. Die Frage, "ob" das Gericht zu entscheiden hat, ist auch in Verfahren von Amts wegen nicht generell dem Parteiwillen entzogen. Die Beteiligten haben zumindest insofern Dispositionsfreiheit, als sie Rechtsmittel einlegen können.

Allein aus der Feststellung, in dem betreffenden Verfahren gelte die Dispositions- bzw. Offizialmaxime, kann noch nicht geschlossen werden, ob das Gericht an eine Beteiligtenhandlung zur Beendigung des Verfahrens gebunden ist oder ob es nur von sich aus das Verfahren beenden kann. Insofern ist die Schlußfolgerung von Grunsky[103], daß eine Bindung des Gerichts an eine übereinstimmende Erledigungserklärung der Beteiligten in allen Antragsverfahren bestehe, da diese Bindung auf der Dispositionsmaxime beruhe, nicht zwingend.

b) Klärung aus dem Geltungsbereich

aa) Geltungsbereich der Dispositionsmaxime

In den Rechtsfürsorgeangelegenheiten, dem klassischen Bereich der FG, soll das Gericht zugunsten einzelner schutzbedürftiger Personen oder zugunsten der Allgemeinheit Hilfestellung leisten. Daraus rechtfertigt sich ein weitgehend aktives und helfendes Eingreifen des Richters[104], wie es in § 12 FGG

---

101) S. auch BGH, NJW 1983, 173 (175), wonach das Verbot der reformatio in peius beim Versorgungsausgleich daraus herzuleiten ist, daß in den Fällen des § 1587 b BGB die Dispositionsbefugnis der Ehegatten in verfahrensrechtlicher Hinsicht nur teilweise eingeschränkt ist.

102) A.A.: Munding, S. 19.

103) Grunsky, Verfahrensrecht, § 12 IV, im Anschluß an Bärmann, § 18 IV 3 a.

104) Baur-Wolf, Kap. 1 I 3 b.

zum Ausdruck kommt. Wo das öffentliche Interesse an der Rechtsfürsorge besonders stark ist (z.B. Vormundschaft, Unterbringung), greifen die Behörden der FG von Amts wegen ein. Daher werden die Angelegenheiten der Rechtsfürsorge in die Verfahren von Amts wegen und in die Antragsverfahren unterteilt[105].

Die Amtsverfahren werden vom Gericht eröffnet, fortgeführt und beendet. Es gilt die Offizialmaxime: Das Gericht bestimmt Beginn und Gegenstand des Verfahrens. Es ist "Herr" über den Verfahrensgegenstand[106]; z.B. kann das Vormundschaftsgericht, wenn es erfährt, daß ein Jugendlicher verwahrlost, ein Fürsorgeerziehungsverfahren einleiten, ohne auf einen Antrag von außen angewiesen zu sein. Es kann das Verfahren einstellen, wenn die Voraussetzungen einer Fürsorgeerziehung nicht vorliegen. Es kann aber auch den Verfahrensgegenstand ändern und statt der Fürsorgeerziehung die Unterbringung des Kindes in einer geeigneten Familie anordnen (§ 1666 I, § 1666 a I BGB). Anträge von Beteiligten sind nur Anregungen, die keinen Einfluß auf das Verfahren haben. Demzufolge kann auch eine Antragsrücknahme des Beteiligten, selbst wenn er das Vormundschaftsgericht informiert hat, das Verfahren nicht beenden[107].

Die Antragssachen dagegen werden von der Dispositionsmaxime beherrscht: Der Antragsteller bestimmt Verfahrensgegenstand, Verfahrensbeginn und "im gewissen Umfange" auch das Verfahrensende[108]. Er ist "Herr des Verfahrens". Z.B. wird der Erbschein nur auf Antrag erteilt; der Erbe kann den Antrag zurücknehmen; das Gericht darf nur über diesen Antrag entscheiden. Die Intensität des öffentlichen Interesses an der Entscheidung ist in diesen Angelegenheiten geringer als in den Amtsverfahren. Es beschränkt sich in der Regel auf die Richtigkeit, nicht aber auf die zweckmäßige Gestaltung im Interesse einzelner oder der Allgemeinheit. Deshalb tritt an

---

105) Heute allgemein übliche Einteilung; vgl. Habscheid, § 6.
106) Habscheid, § 19 I 1 a.
107) BayObLGZ 1961, 318.
108) Habscheid, § 19 I 1 b.

die Stelle der Offizialmaxime der Dispositionsgrundsatz.

Auch in den Streitverfahren der FG (Hausratsverteilung, Zugewinnausgleich, Streitigkeiten nach dem WEG) gilt der Dispositionsgrundsatz. Hier geht es um subjektive Rechte der Beteiligten (Auseinandersetzungsanspruch bezüglich des Hausrats, Anspruch auf Zugewinn usw.). In diesen Fällen beherrschen die Beteiligten das Verfahren in ähnlicher Weise wie die Parteien des Zivilprozesses. Sie leiten es durch ihre Anträge ein, können es durch Antragsrücknahme beenden, sind in der Lage, sich über den Streitgegenstand zu vergleichen und sogar die staatliche Gerichtsbarkeit durch eine Schiedsabrede auszuschließen[109]. Wegen dieser Ähnlichkeit mit dem Zivilprozeß wenden Rechtsprechung und Literatur bei echten Lücken im Recht der privatrechtlichen Streitverfahren zivilprozessuale Vorschriften[110] analog an[111]. Grenzen werden dort gesehen, wo das Wesen der Verfahrensart entgegensteht oder eine anderweitige gesetzliche Regelung vorliegt[112].

bb) Grenzen der Kategorisierung

Die Aufteilung der Verfahren in Amts-, Antrags- und Streitverfahren ist jedoch nicht eindeutig. So trägt die Abgrenzung zwischen Streitsachen und Rechtsfürsorgeverfahren in Form der Antragssachen der Vielgestaltigkeit der FG-Angelegenheiten nicht genügend Rechnung. Es gibt Streitsachen, in denen

---

109) BGHZ 6, 248; BayObLGZ 1973, 1; 1978, 294; Habscheid, § 7 I 2; Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 58.

110) Für die öffentlich-rechtlichen Streitsachen, z.B. Anfechung von Justizverwaltungsakten gem. § 23 EGGVG oder Verwaltungsakten nach § 111 BNotO bzw. §§ 12, 16, 21, 28, 29, 35, 223 BRAO gilt die weitgehende Analogie zu Vorschriften der VwGO, die wieder auf die ZPO verweist; Habscheid, § 8 III 1; BGHZ 84,70 (73 ff); einschränkend Zimmermann, Rpfleger 1962, 42 (46).

111) Z.B. für Klageänderung und Klagerücknahme (OLG Düsseldorf, NJW 1980, 349); Verbot der reformatio in peius (BGH, NJW 1971, 314 (317); NJW 1983, 173); Widerklage (OLG Zweibrücken, Rpfleger 1977, 141 m.w.N.)

112) Z.B. OLG Hamm, RdL 1960, 102: kein Versäumnisverfahren wegen des Untersuchungsgrundsatzes.

sich nicht nur zwei Beteiligte oder Gruppen von Beteiligten gegenüberstehen, die gegeneinander Rechtsschutz begehren[113]. Im Verfahren nach dem WEG können z.B. mehrere Beteiligte jeweils unterschiedliche, z.T. entgegenstehende Rechtsschutzziele verfolgen. In Streitsachen wird nicht nur über subjektive Recht entschieden: Sofern gem. § 43 I Nr. 4 WEG über die Gültigkeit eines Beschlusses der Wohnungseigentümer zu entscheiden ist, kann es auch um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses und nicht nur um einen Anspruch gehen[114]. Zwar ist das Verfahren über den Versorgungsausgleich ein Streitverfahren, da über Ansprüche entschieden wird (§ 1587 a I BGB). Gleichwohl wird das Verfahren von Amts wegen eingeleitet (§ 623 III 1 ZPO). Die bisherige Lehre, daß Streitsachen immer Antragssachen seien[115] kann damit nicht mehr aufrecht erhalten werden. Ferner kommt beim Versorgungsausgleich, obwohl es um Ansprüche geht, der gerichtlichen Tätigkeit eine fürsorgerische Funktion zu[116].

Daraus wird deutlich, daß aus der Bezeichnung eines Verfahrens, z.B. als Streitverfahren, nicht allein auf die Geltung der Dispositionsmaxime geschlossen werden kann. Vielmehr ergeben sich Überschneidungen und Ausnahmen[117]. Richtig ist zwar der Grundsatz, daß in Antrags- und Streitverfahren die Dispositionsmaxime gilt; Differenzierungen sind jedoch wegen der Besonderheiten der einzelnen Verfahren geboten.

c) Klärung aus der Einleitungsbefugnis

Es fragt sich, ob aus der Haupterscheinungsform der Dispositionsmaxime, der Befugnis zur Einleitung des Verfahrens, auf die Berechtigung zur wirksamen Beendigung des Verfahrens durch Erledigungserklärung geschlossen werden kann.

---

113) Zimmermann, Rpfleger 1980, 209 (210).
114) Baur-Wolf, Kap. 1 I 3 b.
115) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 8.
116) Baur-Wolf, a.a.O.
117) So ist z.B. die Zuweisung des Verfahrens nach §§ 7 ff LPG umstritten: Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 110: Rechtsfürsorgeverfahren; Hormuth, S. 137: Streitverfahren.

Ob ein FG-Verfahren auf Antrag oder von Amts wegen eingeleitet wird, ist von Rechtsprechung und Literatur weitgehend geklärt, insbesondere deshalb, weil sich in neuerer Zeit die Frage stellte, ob der einzelne Bürger ein Recht auf das Verfahren hat[118].

Dazu soll zunächst ein Überblick über den heutigen Stand der Meinungen zur Einleitungsbefugnis gegeben werden:

aa) Vorrang des Amtsverfahrens (h.M.)
Die Antragsverfahren wurden z.Zt. des Inkrafttretens des FGG als Ausnahmetatbestände betrachtet[119]. Dies war z.Zt. des autoritären Wohlfahrtsstaats eine solche Selbstverständlichkeit, daß im Gesetzestext des FGG nicht nach Antrags- und Amtsverfahren unterschieden wurde. Der Vorrang der Amtsverfahren bedürfe keines besonderes Ausdrucks, weil er sich aus dem Wesen der FG von selbst ergebe[120].

Die herrschende Meinung geht auch heute davon aus, daß in den Amtsverfahren die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen der Antragstellung vorgeht[121]. In diesen Fällen bedeuten Anträge, Gesuche oder Eingaben von Privatpersonen oder Behörden lediglich Anregungen an das Gericht, tätig zu werden. Sie sind keine rechtlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit des Gerichts, auch dann nicht, wenn sie von einer Behörde ausgehen. Diese Erklärungen haben keine bestimmende Wirkung auf den Beginn, den Gegenstand und den Verlauf des

---

118) Durch die grundlegende Monographie von Kollhosser zur Verfahrensbeteiligung in der FG ist dieses Problem aktuell geworden. Dies führte dazu, daß im Entwurf der Reformkommission zum FGG von 1977 allein der formelle Beteiligte mit entsprechenden Schutzrechten vorgesehen war (§§ 10, 11 FrGO-E).

119) Vgl. Hahn-Mugdan, S. 37: "Entwurf geht davon aus, daß der Richter in der FG Anordnungen von Amts wegen trifft, soweit nichts anderes bestimmt."

120) Hahn-Mugdan, S. 37.

121) Habscheid, § 18 I 1; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 2 b; Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 8; Baur, § 16 II 1; Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (330); v. Maydell, FamRZ 1978, 749 f; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. I 2; BGH, NJW 1983, 173 (175); BGH, NJW 1979, 766; BayObLG, Rpfleger 1975, 91 (92).

Verfahrens[122].

Soweit das Gesetz bestimmt, daß das Verfahren "von Amts wegen oder auf Antrag" eröffnet werden kann[123] oder es keine Regelung trifft, nimmt die h.M. den Standpunkt ein, es handele sich um ein Amtsverfahren[124]. Dies wird damit begründet, daß die Verfahrenseinleitung von Amts wegen aufgrund des Rechtsfürsorgecharakters die der FG adäquate Form sei; an der Rechtsfürsorge bestehe ein öffentliches Interesse, so daß nicht ein Antrag von Beteiligten abgewartet werden könne. Anträge im Amtsverfahren seien lediglich als Anregungen aufzufassen, die dem Gericht die Informationen geben sollen zu entscheiden, ob es von Amts wegen einschreiten soll. Keinesfalls aber sei ein solcher "Antrag" eine Verfahrenshandlung, durch die das FG-Verfahren eröffnet werde.

bb) Vorrang des Antragsverfahrens (Kollhosser)

Kollhosser[125] ist der Ansicht, daß jedes ernsthafte Begehren auf richterliche Entscheidung ein Antrag sei, der ein Verfahren einleite[126]. Wo immer das Gericht verpflichtet sei, zugunsten eines bestimmten Interesses tätig zu werden, könne richtigerweise der Inhaber oder der zur Wahrung dieses Interesses Berufene vom Gericht auch die Erfüllung dieser Pflicht verlangen, sei also antragsberechtigt[127].

Kollhosser meint, der Beteiligte habe ein Recht auf das Verfahren[128], was von dem Recht auf eine bestimmte Entscheidung zu lösen sei. Wenn eine staatliche Behörde verpflichtet sei, ausschließlich oder neben der Verfolgung öffentlicher Belange im Interesse des Einzelnen tätig zu

---

122) Habscheid, § 18 I 1.
123) Z.B. §§ 1672 BGB; 65 JWG.
124) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 7; Bärmann, § 8 IV 1 a; Baur, § 12 III 2.
125) Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 301 ff; ähnlich Lindacher, FamRZ 1973, 433 (433).
126) Kollhosser, a.a.O., S. 307.
127) Kollhosser, a.a.O., S. 303.
128) Kollhosser, a.a.O., S. 306.

werden, müsse dem Einzelnen zugestanden werden, die Erfüllung dieser Pflicht zu verlangen[129].

Zum vollwertigen Rechtsschutz gehöre auch die Möglichkeit, den gegebenen Instanzenweg auszuschöpfen, so daß zur Prüfungspflicht die Bescheidungspflicht hinzutrete[130]. Die Bescheidungspflicht wiederum begrenze die Macht des Gerichts bzw. kontrolliere sie, so daß das Gericht gezwungen sei, keinen schutzwürdigen Antrag unbeschieden zu lassen[131]. Gerade die Diskussion um die Untätigkeitsbeschwerde[132] zeige, daß verhindert werden müsse, daß es zu solcher Unterlassung komme[133].

Nach Kollhosser gibt es daher keine reinen Amtsverfahren. Jeder Antrag eröffne ein Verfahren; alle Verfahren könnten auf Antrag eröffnet werden[134]. Zwar müsse es auch weiterhin Verfahren geben, die auch von Amts wegen eröffnet werden können, wenn nämlich das öffentliche Interesse an der Fürsorge so groß ist, daß eine Antragstellung nicht abgewartet werden könne[135]. Dies sei aber nur die konkurrierende Möglichkeit.

cc) Folgerungen für die Verfahrensbeendigung

Soweit die h.M. den Vorrang des Amtsverfahrens vertritt, gilt zwar, daß die Antragsverfahren in der Regel allein im privaten Interesse stehen. Soweit das private Interesse bei den Beteiligten erlischt, müßte der Antrag zurücknehmbar sein und folglich auch andere Beendigungsmöglichkeiten gegeben sein, wie sie sich auch sonst aus der mit der Dispositionsmaxime verknüpften Parteiherrschaft ergeben. Aber selbst für die Antragsverfahren gilt nach herrschender Meinung, daß der

---

129) Kollhosser, a.a.O., S. 302.
130) Kollhosser, S. 303/304.
131) Kollhosser, S. 301.
132) Vgl. Lindacher, DRiZ 1965, 198-199; Kissel, ZZP 69, 3 (15).
133) Kollhosser, S. 301.
134) Kollhosser, S. 307.
135) Kollhosser, S. 307; Lindacher, FamRZ 1973, 433 (433).

Antrag einer Klage im Zivilprozeß nicht gleichgestellt werden könne[136]. Das Gericht sei befugt, jederzeit ein Verfahren von Amts wegen anschließen, sobald ihm ein Sachverhalt bekannt werde, der dazu Veranlassung gebe. Das gelte vor allem in den Verfahren, die schon nach dem Gesetzestext sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden können. Das Gericht sei an Anträge nicht gebunden, weil es auch ohne diese einschreiten könnte. Dies folge aus der Offizialmaxime[137]. Bei diesen unechten Antragssachen wird darüber hinaus aus praktischen Gründen angenommen, daß das Gericht das Antragsverfahren in ein Amtsverfahren überleiten könne[138].

Auch aus der Lehre Kollhossers, die auf die Dispositionsmaxime abstellt und vom Vorrang des Antragsverfahrens ausgeht, läßt sich kein zwingender Schluß auf die Verfahrensbeendigung herleiten. Kollhosser bleibt bei der Frage der Verfahrenseinleitung stehen. Er behandelt zwar die Amtsverfahren, die auf eine "Anregung" eines Interessenwahrers eröffnet werden, nach den Regeln eines von ihm entwickelten Modells des Antragsverfahrens[139]. Dieses Modell befaßt sich jedoch nur mit der Verfahrenseinleitung, Beiziehung anderer Beteiligter, Durchführung von Terminen, Beweisaufnahmen usw., nicht jedoch mit der Beendigung des Verfahrens. Kollhosser führt dazu aus, daß nach der Einleitung bei der weiteren Durchführung dieser Verfahren sich Fragen ergeben können, die sich nicht notwendig durch Anlehnung an die "reinen" Antragsverfahren der FG beantworten lassen[140].

Insbesondere zu dem Problem, ob und wie das Verfahren durch Antragsrücknahme beendet werden könne[141], seien unter-

---

136) Vgl. z.B. Habscheid, § 18 II 2: kein Verbot der Klageänderung gem. § 263 ZPO.
137) Bärmann, § 13 II 1.
138) Habscheid, a.a.O.
139) Kollhosser, S. 292 ff.
140) Kollhosser, S. 308.
141) Kollhosser, S. 309.

schiedliche Lösungen möglich. Kollhosser läßt die Frage der Beendigung des Verfahrens offen. Eine Möglichkeit sei, daß mit der Antragstellung die Verfahrensherrschaft - ähnlich wie im Strafprozeß und in den Verfahren nach dem JWG - auf das Gericht übergehe, so daß der Antrag nur noch mit Zustimmung des Gerichts zurückgenommen werden könne[142]. Selbst Kollhosser, der die Beteiligtenbefugnis bezüglich der Einleitung in starkem Maße betont, läßt für die Beendigung von Amtsverfahren Beteiligtenbefugnisse nicht gelten, weil hier in besonderem Maße private und öffentliche Interessen beteiligt sind, die durch eine Nichtregelung beeinträchtigt sein könnten.

Der Vorrang der Antragsverfahren nach Kollhosser beschränkt sich somit auf die Einleitungsbefugnis, da sie nach Kollhosser über die Bescheidungspflicht entwickelt wird, also dem Anspruch des Einzelnen auf ein Verfahren. Die weitere Entwicklung wird dadurch nicht bestimmt.

d) Bestimmung des Verfahrensgegenstandes

Aus einer anderen Ausprägung der Dispositionsmaxime, der Bestimmung des Verfahrens- (bzw. Streit-) Gegenstandes, läßt sich für die Beendigung des FG-Verfahrens ebensowenig herleiten. Der Verfahrensgegenstand kann von den Beteiligten allenfalls in den Antragsverfahren bei Antragstellung bestimmt werden, nicht aber bei den Amtsverfahren. Im Gegensatz zum Zivilprozeß gibt es aber auch bei den Antragsverfahren keine strikte allgemeine Bindung an den Antrag (§ 308 ZPO), da bei den Verfahrensanträgen das Gericht eine Regelung nach eigenem billigen Ermessen zu treffen hat. Ein etwa gestellter Sachantrag hat nur die Bedeutung einer Anregung. Der Antrag hat daher nur den Zweck, ein gerichtliches Verfahren einzuleiten.

---

142) Kollhosser, S. 309.
143) Z.B. § 43 II WEG, § 2 HausratsVO.

Da teilweise die Möglichkeit des Verfahrensantrages gegeben ist, bezieht sich die Dispositionsmaxime lediglich auf die Verfahrenseinleitung, den Verfahrensgegenstand und gegebenenfalls auf die Verfahrensbeendigung zumindest durch Antragsrücknahme. Dies ist nach allgemeiner Ansicht jedoch ausreichend für die Annahme der Dispositionsmaxime[144]. Liegt die Entscheidung über das "Ob" und "Worüber" eines Verfahrens bei den Beteiligten, so gilt die Dispositionsmaxime. Nicht erforderlich ist, daß die Beteiligten auch die Befugnis haben, über den Verfahrensgegenstand verfügen zu können[145]. Dies betrifft allein die Verfügung über das materielle Recht[146] durch Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich.

Die Beendigung des Verfahrens ist somit nicht notwendig mit der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes verknüpft, obwohl beide aus der Dispositionsmaxime herrühren.

2. Übertragung zivilprozessualer Grundsätze zur Erledigungserklärung

a) Parallele zur Antragsrücknahme

Die Erörterungen zur Dispositionsmaxime haben gezeigt, daß aus dem Grundsatz, in Amtsverfahren gilt die Offizialmaxime, in den Antrags- und Streitverfahren die Dispositionsmaxime, nicht zwingend auf die Bindungswirkung von Erledigungserklärungen geschlossen werden kann. Andererseits kann aber der Antragsteller in Antrags- und Streitverfahren seinen Antrag zurücknehmen[147]. Streit besteht lediglich darüber,

144) Lindacher, JuS 1978, 577 (578).
145) Lindacher, a.a.O.
146) Bassenge, Rpfleger 1972, 237 (240).
147) Habscheid, § 22 II 1; Bärmann, § 18 I 1.

ob er dazu die Zustimmung anderer Beteiligter benötigt[148]. Insofern läßt sich jedoch für diese Verfahren feststellen, daß der Antragsteller grundsätzlich das Verfahren beenden kann. Dies könnte zumindest in den Verfahren als allgemeiner Rechtsgrundsatz gelten, die auf seinen Antrag eingeleitet werden. Soweit der Antragsteller dem Gericht die Verfahrenseinleitung und den Verfahrensgegenstand vorschreiben kann, weil er ein berechtigtes, rechtlich geschütztes Interesse geltend macht, muß er korrespondierend auch die Freiheit haben, auf den Schutz seines rechtlichen Interesses zu verzichten. Dem Antragsteller ist die Beendigung allein (durch Antragsrücknahme) oder im Zusammenwirken mit anderen Beteiligten (durch übereinstimmende Erledigungserklärungen) möglich. Dies würde auch dem in Antragsverfahren geltenden Dispositionsgrundsatz entsprechen.

b) Ausbau der Beteiligtenstellung

Die Stellung der Beteiligten im FG-Verfahren hat sich seit Erlaß des FGG 1899 erheblich geändert. Als man - ohne große wissenschaftliche Vorarbeit - zur Kodifikation des FGG schritt, befand sich die davon erfaßte Materie in den meisten Bereichen noch in einem Zustand, der durch den Absolutismus geprägt worden war: Nach der Konzeption soll der allfürsorgerische Staat durch seine Organe im Wege der autoritären Wohlfahrtspflege, der "Rechtspolizey" für das Wohl seiner Untertanen sorgen. Der Gedanke, daß der Staat infolge eines Irrtums oder Willkür diese Aufgabe nicht erfüllt, lag jener Konzeption fern[149].
Daraus resultierte die Stellung der Beteiligten in der FG, die lediglich als Auskunftspersonen angesehen wurden, damit der Staat gem. § 12 FGG seine Rechtsfürsorge erfüllen konnte. Sichtbares Zeichen dieser Auffassung ist es, daß Rechtsschutzbitten der Bürger als - u.U. nützliche und förderliche, für einen ausreichenden Rechtsschutz aber nicht notwen-

148) S.o., S. 14 ff.
149) Wieacker, S. 198 ff.

dige - "Anregungen" aufgefaßt wurden. Beteiligtenrechte wie in der ZPO waren nicht vorhanden.

Es gehörte nicht zu den Zielen des FGG, diese Rechtssituation zu verändern; das FGG sollte nur eine Vereinheitlichung bringen, so daß eine gleichförmige Anwendung des materiellen Rechts statt in den zersplitterten Landesrechten gesichert werden sollte[150]. Darum sah man keinen Anlaß, die Verfahrensrechte der Beteiligten im künftigen Reichsrecht entscheidend zu verbessern. Die dogmatischen Vorstellungen der meisten an der Schaffung des allgemeinen Teils des FGG beteiligten Kräfte waren vornehmlich an den Vormundschaftssachen orientiert[151], die neben dem Urkundsrecht das historische Kernstück waren und zur Zeit der Kodifikation noch das Hauptkontingent der FG-Materie darstellten.

Diese Positionen zur Stellung der Beteiligten sind heute überwunden. Vielmehr ist der Bereich der FG in der Frage des Rechtsschutzes an den Standard der übrigen Verfahrensordnungen herangeführt worden.

Die Beteiligten haben heute die Stellung von Verfahrenssubjekten. Der im Laufe der Zeit herausgearbeitete Katalog der Beteiligtenrechte umfaßt insbesondere[152]:

- Recht zur Stellungnahme,
- Ladung zur mündlichen Verhandlung,
- Anwesenheitsrecht und Fragerecht in der Beweisaufnahme,
- Information über die Beweisaufnahme,
- Recht, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuarbeiten,
- Recht auf Berücksichtigung und Verwertung des Beteiligtenvorbringens,
- Beweisantragsrecht,
- Recht zur Richterablehnung.

---

150) Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 15.
151) Das wird erkennbar an den Beispielen, mit denen man bei der Beratung des FGG argumentierte; s. Hahn-Mugdan, Band VII, S. 1-212.
152) Kollhosser, ZZP 93, 265 (287); Habscheid, § 19 IV 1, 2; Eickmann, Rpfleger 1982, 449 (451 ff).

Entscheidend für dieses Umdenken in der Frage der Beteiligtenstellung waren insbesondere der Zuwachs an wichtigen Materien, die der FG unterstellt wurden, die allgemein veränderte Auffassung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger sowie die das Verfahren der FG rechtsstaatlich prägenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

aa) Stärkere Prägung der FG durch Streitsachen

Im Laufe der Zeit sind der FG immer neue Materien zugewiesen worden[153], die in der Hauptsache Antragsverfahren waren, insbesondere Streitverfahren, so z.B. das Verfahren nach dem WEG und die familiengerichtlichen Verfahren des Zugewinnausgleichs sowie der Hausratsverteilung. Heute stehen daher die Antragsverfahren gegenüber den reinen Amtsverfahren sowohl zahlenmäßig als auch ihrer Bedeutung nach im Vordergrund. Im Gegensatz zur ursprünglichen Intention bei Inkrafttreten des FGG werden heute die Verfahren in weiten Bereichen nur noch auf Antrag eines Beteiligten durchgeführt[154].

Da die FG somit immer stärker von den Streitsachen geprägt wurde, in denen die Beteiligten subjektive Rechte geltend machen, und da in den Antragssachen der Rechtsschutz vornehmlich im Interesse des einzelnen gewährt wird, konnten den Beteiligten die Verfahrensrechte nicht versagt werden.

bb) Auffassungswandel im Verhältnis Staat - Bürger

Unter der Geltung des Grundgesetzes wird der Rechtsstaat nicht mehr nur als "rechtliche Ordnung mit dem Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes" aus dem Prinzip der Gewaltenteilung verstanden, sondern diese Prinzipien sollen wegen ihrer Verbindung mit den Freiheitsrechten im Grundgesetz, insbesondere im Hinblick auf Art. 79 III GG, der Freiheit des Bürgers dienen. Zur Rechtsstaatlichkeit gehört daher die Gewährleistung persönlicher Grundrechte[155]. Soweit sich

---

153) S.o., S. 44.
154) Vgl. den Überblick bei Jansen, § 1 Rdnr. 17-84.
155) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 VII Rdnr. 12 ff, insbes. 23; Stern, § 20 IV 2; Maunz-Zippelius, § 12 I 2.

der Rechtsstaat in dem Grundrechtsschutz verkörpert und zu diesem Zweck die Mäßigung der staatlichen Gewalt verlangt, muß staatliches Handeln den Menschen in seiner Eigenständigkeit achten und schützen. Der rechtsstaatliche Gehalt des in Art. 1 I GG wurzelnden Grundsatzes, daß über die Rechte des Einzelnen nicht kurzerhand von Obrigkeits wegen verfügt werden darf, liegt in der aktiven Teilnahme des Bürgers an dem ihm zukommenden Rechtsschutz[156]. Er soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können[157]. Derartige Freiheitsräume, durch die Grundrechte mit Verfassungsrang ausgestattet, widersprechen eklatant der Stellung der Beteiligten als Objekte des Verfahrens.

Im Verwaltungsrecht ist ebenfalls unter dem Einfluß des Rechtsstaatsprinzips der Rechtssatz aufgestellt worden, daß überall dort, wo eine staatliche Behörde verpflichtet ist, ausschließlich oder auch neben der Verfolgung von primär öffentlichen Zielen im Interesse des einzelnen tätig zu werden, dem einzelnen zugestanden wird, die Erfüllung dieser Pflicht auch zu verlangen und durchzusetzen[158]. D.h. einer staatlichen Verpflichtung entspricht ein subjektiv-öffentliches Recht des Bürgers auf Vornahme dieser Handlung[159]. Teilweise ist versucht worden, diese Ergebnisse auf die FG zu übertragen[160]. Jeder zur Wahrnehmung des Interesses Berufene kann danach vom Gericht die Durchführung des Verfahrens verlangen, hat somit einen Anspruch auf das Verfahren. Demzufolge ist die Praxis dazu übergegangen, auch in Verfahren, die reine Amtsverfahren sind, die Beteiligten zu be-

---

156) BVerfGE 38, 105 (114).
157) BVerfGE 9, 89 (95).
158) Grundlegend BVerwGE 1, 159 (162).
159) Erichsen-Martens, § 10 II 5 (S. 148/149); BVerwGE 11, 95 (97); BVerwGE 39, 235 (237).
160) Lindacher, JuS 1978, 577 (578); Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 302/303 und ZZP 93, 265 (303).

scheiden[161]. Der Bescheid muß dann insoweit begründet werden, daß den Beteiligten und dem Rechtsmittelgericht die tragenden tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungsgründe erkennbar sind[162]. Die Begründungspflicht folgt aus dem Justizgewährungsanspruch des Bürgers gegen den Staat[163].

cc) Anspruch auf rechtliches Gehör

Grundlegende Veränderungen in der Beteiligtenstellung der FG haben die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 103 GG (rechtliches Gehör) und zu § 6 II FGG (Richterablehnung) bewirkt, indem sie das Verfahren der FG in rechtsstaatlicher Weise geprägt haben. Danach gebietet das Rechtsstaatsprinzip, daß den Beteiligten auch im Bereich der FG die tragenden Bestandteile der Gerichtsverfassung zugute kommen[164], wozu auch der unparteiische Richter gehört. Ferner widerspricht es rechtsstaatlichen Grundsätzen, das rechtliche Gehör nicht zu gewähren, wobei das Prinzip des Art. 103 GG unmittelbar gilt[165].

Während in der Zeit vor Erlaß dieser Entscheidungen (1965 bzw. 1967) nur vereinzelt vertreten wurde, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sei anzuwenden[166], erkennt die neuere

---

161) Allg.: OLG Celle, NJW 1966, 936: Begründungspflicht dient dazu, die Nachprüfung des Beschlusses durch den Beschwerten wie das Beschwerdegericht zu ermöglichen. Dies ist ein allgemeingültiger Rechtsgrundsatz. Ebenso: Arndt, NJW 1966, 2174 f; a.A.: Schneider, NJW 1966, 1367 f: nur als Ausnahme unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs.
Für die FG: Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 303 FN 123 m.w.N.: grundsätzliche Begründungspflicht; Lindacher, FamRZ 1973, 433 m.w.N.; Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 5; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 2 b: Bescheidungspflicht grundsätzlich anerkannt, soweit beschwerdeberechtigt gem. §§ 20, 57 FGG.

162) Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 303 FN 123.

163) Kollhosser, ZZP 93, 265 (303).

164) BVerfGE 21, 139 (146).

165) BVerfGE 19, 49 (51).

166) Habscheid, Rpfleger 1957, 171; a.A.: OLG Frankfurt, FamRZ 1962, 173; BayObLGZ 1951, 412; Müller, NJW 1953, 1659f.

Rechtsprechung und Literatur[167] dieses Prinzip als in der FG unmittelbar geltend an, wobei im Wege der verfassungskonformen Auslegung auch entsprechende Sollvorschriften zur Anhörung als unzulässige Einschränkungen umgedeutet werden[168].

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zeigt damit, daß die Beteiligten nicht Objekte, sondern Subjekte des Verfahrens sind. Er bedeutet, daß der Richter die Beteiligten anhören und ihr Vorbringen bei der Entscheidung berücksichtigen muß. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leiten sich die einzelnen Beteiligtenrechte ab[169], aus denen deutlich wird, daß die Beteiligten heute eigenverantwortliche Verfahrenssubjekte sind, die durch aktives Mitwirken am Verfahren dieses entscheidend beeinflussen können und sollen.

dd) Neuabgrenzung der Beteiligtenbefugnisse

Die obigen Erörterungen haben gezeigt, daß durch die eindeutige Festlegung der Beteiligtenbefugnis gegenüber dem Gericht die Frage der verfahrenswirksamen Erledigung geklärt werden kann.

Mangels anderer Anhaltspunkte muß zunächst von den in den Verfahren geltenden (unstreitigen) Maximen ausgegangen werden. Diese sind jedoch nicht starr, sondern zeigen sich in verschiedenen Ausprägungen. Die Erörterungen über den Anschauungswandel der Beteiligtenrechte und über die neue Lehre zur Frage der Einleitungsbefugnis (Antragsrecht und Bescheidungspflicht) haben andererseits gezeigt, daß heute eine allgemeine Tendenz zur Stärkung der Beteiligtenbefugnis gegeben ist, so daß grundsätzlich keine Bedenken dagegen bestehen, Erklärungen der Beteiligten verfahrensbeendigende

---

167) BayObLGZ 1967, 137 (146) = NJW 1967, 1867; KG, OLGZ 1969, 89; OLG Hamm, Rpfleger 1973, 172; Lindacher, JuS 1978, 577 (583); Bärmann, § 17 III 2 b-d; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 85 c; Habscheid, § 20 II 2.

168) Z.B. § 2227 II BGB (Anhörung des Testamentsvollstreckers vor Entlassung); vgl. Palandt-Edenhofer, § 2227 Anm. 4.

169) S.o., S. 63.

sprechen, soweit die Dispositionsmaxime gilt, also in Antrags- und Streitverfahren.

Für die Amtsverfahren muß dagegen von der Offizialmaxime ausgegangen werden. Die öffentlichen Interessen erfordern es, daß der Staat auch von Amts wegen eingreifen kann. Sie bedingen es gleichzeitig, daß die Beteiligten wegen der überwiegenden öffentlichen Interessen das Verfahren ihrerseits nicht bindend beenden können. Es wird jedoch zu untersuchen sein, ob wegen der gewandelten Stellung der Beteiligten Ausnahmen gemacht werden können, wenn die öffentlichen Interessen weiterhin gewahrt bleiben. Dies könnte bei der notwendigen Beteiligung von Behörden der Fall sein[170].

c) Beteiligtenbefugnisse analog Zivilprozeß

aa) Herrschende Meinung

Die Verfahrensordnung, die von der Dispositionsmaxime geprägt ist und weitreichende Beteiligtenbefugnisse enthält, ist die ZPO. Dort ist die Parteistellung am weitesten ausgebaut; insbesondere gilt dies für die Beendigungsarten des Prozesses: Erledigungserklärung, Klagerücknahme, Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich sind möglich.

Daher liegt es nahe, im Zuge der stärker betonten Beteiligtenbefugnisse auf Regelungen der ZPO zurückzugreifen. Diese Tendenz ist in der FG erkennbar für die echten Streitsachen. Dort werden Lücken des FGG heute weitgehend in entsprechender Anwendung zivilprozessualer Vorschriften gefüllt[171]. Nach der Rechtsprechung des BGH[172] ist "eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der ZPO-Vorschriften nur möglich, wenn es ausdrücklich angeordnet ist, oder soweit es sich um echte Streitsachen oder um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt, der in der ZPO lediglich seinen Nieder-

---

170) Dazu S. 254 ff.
171) Habscheid, § 7 III 1; Keidel-Kuntze-Winkler, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 1-4; einschränkend Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (334/335).
172) BGHZ 6, 257; 14, 179 (183/184); 28, 117 (119).

schlag gefunden hat"[173]. Die Anführung der echten Streitsachen bedeutet nach allgemeiner Ansicht aber nicht, daß die ZPO-Vorschriften unbesehen auf das Verfahren der FG übertragen werden können. Vielmehr bedürfe es auch hier einer eingehenden Prüfung, ob die Normen nicht gegen allgemeine Verfahrensgrundsätze der FG (Amtsermittlung, Beteiligtenstellung) verstoßen[174]. Die Einheitlichkeit und Eigenständigkeit des FG-Verfahrens müsse gewahrt bleiben, eben weil der Gesetzgeber diese Verfahren der FG und nicht dem Zivilprozeß zugewiesen habe. Infolgedessen hat sich eine umfangreiche Judikatur über einzelne Fragen der Anwendung von ZPO-Normen oder ungeschriebener Grundsätze entwickelt[175].

Andere Vorschriften, z.B. die Einwilligung des Gegners gem. § 269 I ZPO bei der Antragsrücknahme, werden dagegen nicht für analogiefähig gehalten[176]. Gleiches gilt für die Vorschrift des § 91 a ZPO, die auch in Streitverfahren nach herrschender Meinung nicht entsprechend anwendbar ist[177].

Für den Bereich der Rechtsfürsorgeverfahren werden in Rechtsprechung und Lehre nur sehr vorsichtig Parallelen zum Zivilprozeß gezogen, um die Elastizität des FG-Verfahrens nicht zu zerstören: Je mehr Gedanken aus der ZPO in die FG übernommen werden, um einen möglichst großen Rechtsschutz zu gewähren, die dem FG-Verfahren sonst fremd waren, desto mehr müsse dies auf Kosten der Flexibilität, Schnelligkeit und Billigkeit des FG-Verfahrens gehen. So ist die Rechtsprechung und ihr folgend auch die Literatur[178] der Ansicht, daß

---

173) BGHZ 28, 117 (119).
174) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 59; Zimmermann, Rpfleger 1962, 42 (46) und Rpfleger 1967, 329 (334).
175) Vgl. die Übersicht bei Habscheid, § 7 III 1.
176) OLG Hamm, RdL 1961, 205 (206); Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 20; Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (335); a.A.: Lindacher, Rpfleger 1965, 41 (42); Habscheid, § 19 I 1 d.
177) BayObLGZ 1955, 271 (278); 1961, 183 (185); BGHZ 28, 117 (119); Zimmermann-Keidel, Rpfleger 1954, 171 (175) für die frühere Vorschrift des § 9 PreußFGG; Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a bb.
178) Jansen, Einl. S. 14,15; Zimmermann, Rpfleger 1967, 329 (334); weiter: Lindacher JuS 1978, 577 (579), soweit Tatbestand und Interessenlage mit den Streitverfahren übereinstimmen.

eine Anwendung der ZPO-Vorschriften in diesen Verfahren nur möglich sei, wenn dies ausdrücklich angeordnet sei oder soweit es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken handele.

bb) Ausweitung aufgrund der veränderten Beteiligtenstellung
In aller Regel verbietet sich danach eine Anwendung von ZPO-Normen, da die Rechtsfürsorgeangelegenheiten der FG nicht auf dem zivilprozessualen Grundsatz aufgebaut sind, daß sich zwei Parteien mit entgegengesetzten Interessen in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüberstehen[179]. Sind mehrere Beteiligte vorhanden, so sind ihre Interessen nicht grundsätzlich entgegengesetzt (z.B. Antrag mehrerer Erben auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins). Es wird kein Rechtsschutz gegeneinander begehrt[180]. Zudem steht den Beteiligten keine Dispositionsbefugnis über das materielle Recht zu[181].

Es fragt sich, ob angesichts der Weiterentwicklung der Beteiligtenrechte diese Ansicht für die Frage der Beendigung weiter aufrecht erhalten werden kann: Die Beendigung durch Beteiligtenhandlung ist nicht an das Zweiparteienschema gebunden. Es kommt für die Verfahrensbeendigung nicht auf die Dispositionsbefugnis über das materielle Recht, sondern über das Verfahren an. Der Vorrang des Antragsverfahrens mit Verfahrensherrschaft der Beteiligten sollte auch noch am Ende des Verfahrens wirksam sein. Die Dispositionsmaxime, unter der zumindest die Antrags- und Streitverfahren der FG stehen, könnte so weit wie möglich durchgehalten werden. Es ist daher zu prüfen, ob die Grundsätze der ZPO zur Beendigung des Verfahrens unter Berücksichtigung der Besonderheiten des FG-Verfahrens sinnvoll übertragbar sind.

---

179) Zimmermann, Rpfleger 1980, 209 (211).
180) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 40 IV: Jeder (Zivil-)Prozeß setzt zwei Parteien voraus, von denen eine gegen die andere Rechtsschutz begehrt. Mehr als zwei Parteien sind andererseits nicht möglich.
181) Zimmermann, Rpfleger 1980, 209 (211).

cc) Modifizierung in der FG

Bevor die Übertragbarkeit der zivilprozessualen Grundsätze zur Erledigungserklärung untersucht wird, muß hervorgehoben werden, daß zu unterscheiden ist zwischen den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen der zivilprozessualen Rechtsinstitute. Das bedeutet, daß sie nicht so, wie sie im Zivilprozeß bestehen, auch in der FG in sämtlichen Erscheinungsformen gelten müssen. Sie können ggf. durch die Besonderheiten des FG-Verfahrens modifiziert werden[182].
So ist in der FG § 13 a FGG die allgemeine Kostenvorschrift. Sie ist einerseits im Anwendungsbereich weiter als § 91 a ZPO, da sie nicht nur bei Erledigung der Hauptsache, sondern bei jedem Verfahrensabschluß gelten soll[183]. Andererseits ist sie enger, da grundsätzlich jeder Beteiligte seine Kosten selbst tragen soll; eine Erstattung ist nach § 13 a I 1 FGG nur anzuordnen, wenn dies nach dem Ermessen des Gerichts aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles der Billigkeit entspricht[184]. Ferner regelt die Vorschrift in den Rechtsfolgen nur die Erstattung außergerichtlicher Kosten[185]. Für eine mögliche Rechtsfolge der Erledigungserklärung, die Kostenpflicht, wird man daher unter Berücksichtigung des § 13 a FGG zu prüfen haben, ob ggf. Abwandlungen oder Differenzierungen in der FG insoweit notwendig sind. Nicht richtig ist es aber dann, die Grundsätze der zivilprozessualen Erledigungserklärung (§ 91 a ZPO) deswegen in der FG nicht für anwendbar zu erklären, weil die Kostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache nicht in Betracht komme[186]. Demgegenüber hat das BayObLG[187] auf die Erklärung zweier Beteiligter in einem Antragsverfahren nach §§ 1631 II, 1633 BGB, die Angelegenheit als erledigt zu

182) So auch Habscheid, § 7 III 1: Einzelne Institute (hier Präklusion) können in abgewandelter Form übernommen werden.
183) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3.
184) KG, NJW 1965, 1538 (1540); OLG Hamm, OLGZ 1969, 295.
185) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 4.
186) S.o., S. 69, FN 177.
187) BayObLGZ 1961, 183 (190).

erklären, entschieden, daß Gegenstand der Entscheidung des Gerichts (nur) noch die Kosten des Verfahrens[188] seien. Es hat dabei nicht ausdrücklich darüber befunden, ob das Verfahren durch die beiden übereinstimmenden Erledigungserklärungen (mit widerstreitenden Kostenanträgen) beendet worden ist, oder ob das Gericht unabhängig davon die Erledigung feststellen muß. Das BayObLG ist der Ansicht, daß der hinter der Vorschrift des § 91 a ZPO stehende allgemeine Gedanke auch für das Verfahren der FG herangezogen werden könne: Das Gericht könne bei der Entscheidung über die Kosten davon absehen, einen rechtlich oder tatsächlich schwierig gelagerten Rechtsstreit hinsichtlich aller für dessen Ausgang bedeutsamen Fragen zu überprüfen. Es könne nach billigem Ermessen ohne nähere Würdigung des rechtlich zweifelhaften Verfahrensausgangs entscheiden[189].

Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH, wonach Vorschriften oder Grundsätze des Zivilprozesses nur in die FG übernommen werden können, wenn "es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt, der in der ZPO lediglich seinen Niederschlag gefunden hat"[190], der jedoch in der FG genauso gelten kann. Die Prüfung der grundsätzlichen Strukturen der Institute des Zivilprozesses ermöglicht es, je nach Prüfungsergebnis diese in die FG zu übernehmen, ohne daß von vornherein wegen unpassender Rechtsfolgen eine Übernahme abgelehnt wird, wie schon die Erörterungen zum Zustimmungserfordernis bei der Antragsrücknahme entsprechend § 269 I ZPO gezeigt haben.[191]

---

188) BayObLGZ 1961, 183 (185).
189) BayObLGZ, a.a.O.
190) BGHZ 28, 117 (119).
191) S.o., S. 14 ff.

§ 4 Übereinstimmende Erledigungserklärungen

I. Sinn und Zweck übereinstimmender Erledigungserklärungen

Es könnte fraglich sein, ob ein praktisches Bedürfnis für Erledigungserklärungen in FG-Verfahren besteht. In den Verfahren, in denen die Erledigungserklärung aufgrund der Dispositionsmaxime möglich ist (Antragsverfahren und Streitverfahren), kann durch Antragsrücknahme das Verfahren ebenfalls beendet werden. Selbst wenn man eine Zustimmung der anderen Beteiligten zur Antragsrücknahme für notwendig erachtet, könnte man annehmen, daß der Antragsgegner der Antragsrücknahme problemlos zustimme, wenn eine Erledigung eingetreten ist, so daß auch damit das Verfahren beendet wird. Im folgenden sollen die Vorteile einer Erledigungserklärung gegenüber der Antragsrücknahme herausgearbeitet werden.

1. Die Kostenerstattung

a) Kostenerstattung zugunsten des Antragstellers

aa) Antragsrücknahme verbietet Kostenerstattung gegen sofortiger Beendigung

Nach der oben vertretenen Ansicht ist bei Antragsrücknahme im Gegensatz zur Erledigungserklärung keine Kostenerstattung möglich[1)].

Damit hat in jedem Falle, mögen auch ansonsten Billigkeitsgründe vorhanden sein, eine Kostenerstattung zu unterbleiben. Das bedeutet für den Antragsteller, daß er mit seinen Kosten belastet bleibt, mag auch der Antrag früher berechtigt gewesen sein und die anderen Beteiligten erhebliche Vorwürfe bezüglich ihrer Verhandlungsführung usw. treffen, so daß an sich eine Kostenerstattung angemessen wäre.

---

1) S.o., S. 19.

bb) Antragsrücknahme indiziert "Unterliegen"

Wenn man mit der herrschenden Meinung eine Kostenentscheidung nach § 13 a FGG auch im Falle der Antragsrücknahme annimmt, gilt folgendes: Bei der Antragsrücknahme, die zur Verfahrensbeendigung führt, rührt der Erledigungsgrund aus der Sphäre des Antragstellers, der sich bei streitig verlaufenden Antragsverfahren und den echten Streitverfahren der FG in die Rolle des "freiwillig Unterlegenen" begibt, wie es im Zivilprozeß bei der Klagerücknahme angenommen wird[2]. So ist die Rechtsprechung[3] geneigt, der Antragsrücknahme unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Verfahrensausganges doch maßgebliche Bedeutung für die Kostenerstattung beizumessen. Es entspreche der Gerechtigkeit, daß derjenige, der ein Verfahren in Gang bringe, die einem anderen Beteiligten dadurch entstandenen Kosten erstatte, wenn er den Antrag zurücknimmt, es sei denn, besondere Umstände rechtfertigten eine andere Beurteilung[4]. Die Rechtsprechung geht bei der Antragsrücknahme somit vom Grundsatz der Kostenerstattung aus, von dem aufgrund besonderer Umstände abgewichen werden kann. Demgegenüber hält die Literatur[5] am Grundsatz fest, daß gem. § 13 a FGG jeder Beteiligte seine eigenen Auslagen zu tragen hat, da sie die Antragsrücknahme der Zurückweisung des Antrags gleichsetzt[6], ebenso wie sie auch keine Differenzierung zwischen Erledigung und Antragsrücknahme vornimmt[7].

---

2) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 269 Anm. 4 B a; KG, VersR 1974, 979.

3) BayObLGZ 1973, 30 (33); BGHZ 28, 117 (123); BayObLGZ 1958, 31 (34): auch für den Fall der Rechtsmittelrücknahme. Im allgemeinen ist die Zurücknahme eines Rechtsmittels ein Zeichen dafür, daß es unbegründet ist. Im Regelfall ist daher die Prüfung entbehrlich, ob ein Rechtsmittel Erfolg gehabt hätte. (BayObLGZ 1958, a.a.O.).

4) BayObLGZ 1973, 30 (33).

5) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a aa; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44; Jansen, § 13 a Rdnr. 18; a.A.: Damrau, LdR, 18/410 B IV: Kosten regelmäßig dem Antragsteller, zumindest in Streitsachen gem. § 2 KostO für die Gerichtskosten, gem. § 13 a FGG für die außergerichtlichen Kosten.

6) Vgl. Jansen, a.a.O.

7) Vgl. die Fundstellen S. 18, FN 50.

Wer jedoch für erledigt erklärt, zeigt an, daß ein außerhalb seiner Sphäre gelegenes Ereignis die Entscheidung sinnlos macht. Der Antrag sei vorher zulässig und begründet gewesen, nur sei eine Entscheidung jetzt nicht mehr notwendig.

cc) Pflicht des Gerichts zur Kostenentscheidung

Die Erledigungserklärung bietet dem Antragsteller die Möglichkeit, das Gericht zu einer eingehenden Prüfung der Kostenfrage zu veranlassen. Erklären auch die anderen Beteiligten für erledigt, ist zwar das Verfahren in der Hauptsache erledigt; es bleibt aber noch wegen der Kosten anhängig. Das Gericht ist in diesem Fall verpflichtet, sich zur Kostenfrage zu äußern. Es muß eine Kostenentscheidung gefällt werden, die auch dahin gehen kann, daß keine Kosten erstattet werden. Die Beteiligten können jedoch durch die Erledigungserklärungen eine Kostenentscheidung beantragen, während sonst eine Entscheidung gem. § 13 a FGG von Amts wegen ergeht und im Ermessen des Gerichts steht. Weigern sich die anderen Beteiligten, die Erledigungserklärung abzugeben, so kann das Verfahren wegen der gemeinsamen Dispositionsmaxime nicht beendet werden. Der Antrag muß daher abschlägig beschieden werden unter Erwähnung der Erledigung in den Gründen. Dies wird aber dann ein starkes Indiz für eine Kostenpflicht für die anderen Beteiligten sein, wobei dann sogar der Satz 2 des § 13 a I FGG anwendbar wäre.

Solche Erledigungserklärungen werden in der Praxis die Ausnahmefälle bleiben, wenn nämlich erhebliche Kosten der Beteiligten zu erwarten sind. Bei einfacheren Fällen wird der Antragsteller seinen Antrag zurücknehmen, wenn er nicht erwarten kann, daß bei einer Erledigungserklärung eine für ihn günstigere Kostenentscheidung nach § 13 a FGG getroffen wird. Denn es soll von dem Grundsatz, daß im FG-Verfahren jede Partei ihre eigenen Auslagen trägt, nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Wenn aber auf die Beteiligten erhebliche Kosten zukommen, erscheint es sachgerecht, daß das Gericht sich in einem ausdrücklichen Beschluß mit der

Frage der Kostentragung auseinandersetzt und dafür eine eingehende Begründung gibt, die dann auch vom Rechtsmittelgericht überprüft werden kann.

b) Kostenerstattung zugunsten der anderen Beteiligten

Da nach obiger Lösung in der FG mangels Entscheidungsbefugnis bei Antragsrücknahme eine Kostenerstattung entfällt, haben die anderen Beteiligten ihre Kosten zu tragen, obwohl der Antragsteller nach eigenem Willen zurückgenommen hat. Es fehlt an einer § 269 III ZPO entsprechenden Norm. Sie läßt sich auch nicht analog anwenden, weil im Gegensatz zum Zivilprozeß auch bei "Obsiegen" der Regelfall die eigene Kostentragung sein soll[8]. Da die Antragsrücknahme analog § 269 I ZPO nur mit Zustimmung der anderen Beteiligten zulässig ist, müssen die anderen Beteiligten nur die Zustimmung zur Antragsrücknahme verweigern und ihrerseits die Hauptsache für erledigt erklären. Der Antragsteller wird der Erledigungserklärung zustimmen müssen, weil auch er kein Interesse mehr an der gerichtlichen Entscheidung hat. Nunmehr ist eine gerichtliche Kostenentscheidung aufgrund der Erledigung der Hauptsache möglich, bei der die anderen Beteiligten unter Berücksichtigung des gerichtlichen Ermessens gem. § 13 a FGG eine Kostenerstattung zu ihren Gunsten erreichen können.

2. Klärung des Falles gegenüber allen Beteiligten

Aus den Ausführungen zur Antragsrücknahme wird zudem deutlich, daß der Antragsteller sich nicht einseitig aus dem Verfahren zurückziehen kann, weil er die Zustimmung der anderen Beteiligten benötigt. Es wird jedoch häufig schwierig sein, die Zustimmung der anderen Beteiligten zur Antragsrücknahme zu erreichen, weil evtl. viele Beteiligte vorhanden sind, oder von einem zugezogenen Beteiligten keine Reaktion erfolgt. Dabei bleibt das Verfahren anhängig, da wegen der Dispositionsmaxime alle Beteiligten der Beendigung des Verfahrens

8) Mümmler, JurBüro 1985, 961 (965).

zustimmen müssen. Sie haben nur gemeinsam die Herrschaft über das Verfahrensende.

Hier bietet sich wiederum die Abgabe einer Erledigungserklärung an: Stimmen alle Beteiligten zu, ist das Verfahren beendet. Die anderen Beteiligten werden ein Interesse an der Abgabe haben, da der Kostendruck dahintersteht. Anderenfalls müßte nämlich das Verfahren fortgesetzt und entschieden werden, wobei das Gericht dann gem. § 12 FGG von Amts wegen zu erforschen hätte, ob die Hauptsache tatsächlich erledigt ist. Dies erfordert u.U. neue Kosten, die gem. § 13 a I 2 FGG als grobes Verschulden dem Beteiligten auferlegt werden können. Bei einer Antragsrücknahme wäre aus den schon erwähnten Gründen keine Kostenerstattung möglich, da der Verfahrensgegenstand dem Gericht sofort entzogen wäre. Erreicht der Antragsteller nicht die Erledigungserklärung aller anderen Beteiligten, bleibt seine Erledigungserklärung einseitig. Es wird dann streitig zur Sache verhandelt, so daß durch das Gericht (u.U. rechtskräftig) festgestellt werden kann, ob die Erledigung eingetreten ist. Zugleich wird über die Kosten nach § 13 a FGG entschieden, wobei jetzt wegen des Streites eine Anlehnung an § 91 a ZPO nach Obsiegen bzw. Unterliegen naheliegt.

Der Antragsteller könnte jedenfalls in beiden Fällen der einseitigen und der übereinstimmenden Erledigungserklärung die Sicherheit bekommen, daß er wegen desselben Sachverhaltes nicht erneut mit einem Verfahren überzogen wird. Die Beteiligten, die im Gegensatz zum Zivilprozeß mit demselben Rechtsschutzziel antragsberechtigt sind, könnten wegen dieses Sachverhalts auf ihr Antragsrecht verzichten[9] (übereinstimmende Erledigungserklärung) bzw. die Erledigung wird gerichtlich festgestellt[10].

---

9) Dazu im folgenden S. 95 ff.
10) Dazu im folgenden S. 151 ff.

3. Subsidiarität staatlicher Fürsorge in Antragsverfahren

In Antragsverfahren ist das öffentliche Interesse geringer als in den Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet werden. Deutlich wird dies am Unterschied zwischen der Regelung des § 1671 BGB und der des § 1672 BGB. Während über die elterliche Sorge bei Scheidung immer von Amts wegen zu entscheiden ist, wird das Gericht bei Getrenntleben der Eltern auf Antrag tätig (§ 1672 BGB; Ausnahme bei Gefährdung des Kindeswohls). Der Staat soll sich in das Verhältnis der getrennt lebenden Ehegatten nicht einmischen, wenn diese sich über die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge einig sind. Nur falls es zu Konflikten kommt, soll eine staatliche Entscheidung getroffen werden.

Das geringe öffentliche Interesse bei Antragsverfahren erlaubt den Schluß, daß die Beteiligten die Sache zunächst unter sich regeln sollen, erst wenn keine Einigung erzielt werden kann, soll eine staatliche Entscheidung ergehen. Alle Beteiligten können durch den Verfahrensantrag vom Gericht eine Entscheidung begehren, also muß es ihnen auch möglich sein, gemeinsam zu entscheiden, daß sie keine staatliche Entscheidung mehr wünschen. Dem wird das Institut der Erledigungserklärung am ehesten gerecht, da es nicht allein auf den Willen des (zufälligen) Antragstellers abstellt, sondern es ermöglicht, daß alle Beteiligten ihre Zustimmung und damit das Einverständnis zur Beendigung geben.

4. Verfahrensökonomie

Bei einer Antragsrücknahme würde das gesamte bisherige Verfahrensergebnis verloren gehen, wenn man mit der herrschenden Meinung[11)] davon ausgeht, daß in Verfahren der FG, sogar in den echten Steitsachen, abweichend von § 269 ZPO die Antragsrücknahme nicht von der Zustimmung der anderen Betei-

11) S.o., S. 14.

ligten abhängig gemacht werden kann. Möglicherweise werden nunmehr die anderen Beteiligten, die antragsberechtigt sind, ihrerseits den Verfahrensantrag stellen, so daß das Gerichtsverfahren von vorne beginnen müßte, ohne daß auf bisherige Anhörungen, Zeugenaussagen usw. zurückgegriffen werden könnte. Demgegenüber bietet die Erledigungserklärung den Vorteil, daß das Verfahren mit Berücksichtigung des bisherigen Verfahrensstandes fortgeführt wird, wenn nicht alle Beteiligten zustimmen. Der widersprechende Beteiligte kann nunmehr als der eigentliche Betreiber des Verfahrens angesehen werden, er trägt auch das besondere Kostenrisiko.

II. Besondere Voraussetzungen der übereinstimmenden Erledigungserklärungen

1. Gemeinsame Dispositionsbefugnis

Solange die Erledigungserklärung im Zivilprozeß einseitig bleibt, ist sie nur eine Erwirkungshandlung, d.h. ein Antrag an das Gericht, die Erledigung auszusprechen; sie hat somit keine verfahrensbeendigende Wirkung. Erst wenn übereinstimmende Erledigungserklärungen vorliegen, sind es Bewirkungshandlungen, die den Prozeß ohne Entscheidung zur Hauptsache beenden.

Daraus ergibt sich für die FG, daß die Erledigungserklärung, anstelle des ursprünglich gestellten Antrags abgegeben, verfahrensbeendigende Wirkung nur dann haben kann, wenn auch die anderen Beteiligten zustimmen. Die einseitige Erledigungserklärung eines Beteiligten bewirkt noch nicht die Beendigung des Verfahrens[12]. Erst wenn auch alle anderen Beteiligten für erledigt erklärt haben, entziehen die Beteiligten dem Gericht die Regelungsbefugnis, indem sie gemeinsam ihr Dispositionsrecht ausüben. Der bisherige Antrag, sei es Sach- oder Verfahrensantrag, entfällt.

---

12) Gegebenenfalls aber eine Änderung des Verfahrensgegenstandes - dazu S. 139 ff.

Dies zeigt auch eine andere Ausprägung der Dispositionsmaxime: Für die Antragsrücknahme ist nach h.M.[13] anerkannt, daß sie in jeder Lage des Verfahrens erfolgen kann. Der Antragsteller soll nicht durch das Gericht am Verfahren festgehalten werden, das auf seine Initiative eingeleitet worden ist. Die Gründe für die Rücknahme interessieren nicht. Zwar ist streitig[14], ob entsprechend § 269 I ZPO die Antragsrücknahme (ggf. nur für Streitsachen) von der Zustimmung des Antragsgegners nach Einlassung zur Sache abhängig ist, jedoch muß wegen des eigenen Antrags- und Beschwerderechts des anderen Beteiligten seine Zustimmung auch in den übrigen Antragsverfahren gefordert werden[15]. Die Beteiligten können also auch hier nur gemeinsam über den Verfahrensgegenstand disponieren. Durch bindende übereinstimmende Erledigungserklärungen wird wie bei der Antragsrücknahme mit Zustimmung der anderen Beteiligten der Verfahrensgegenstand entzogen; er bleibt bei der Erledigungserklärung nur noch wegen der Kosten anhängig.

Für die Frage der Voraussetzungen jedenfalls ist die Erledigungserklärung gegenüber der Antragsrücknahme somit nur ein Sonderfall: Daß sich daraus verschiedene Rechtsfolgen ergeben können, ist eine andere Frage (z.B. wegen der einseitigen Erledigungserklärung). Das ändert aber nichts daran, daß auch eine gemeinsame Beendigung des FG-Verfahrens möglich sein muß, wenn schon nach h.M. eine einseitige Beendigung in den Antrags- und Streitverfahren durch Antragsrücknahme ohne Zustimmung der anderen Beteiligten erfolgen kann[16].

Somit muß grundsätzlich auch die gemeinsame Dispositionsbefugnis der Beteiligten bezüglich des Verfahrensendes anerkannt werden. Alle Beteiligten beantragen, daß keine gerichtliche Entscheidung über den Verfahrensgegenstand ergehen soll.

---

13) Habscheid, § 22 II 1; Bärmann, § 18 I 1 a; BGH, NJW 1959, 1323; BayObLG, DNotZ 1963, 732 (733); a.A.: Baur, § 21 II 2 c und Schlegelberger, § 18 Anm. 22: in der Zeit zwischen Erlaß und Rechtskraft nur für Streitverfahren.
14) S.o., S. 14.
15) S.o., S. 16.
16) S.o., S. 14.

2. Keine Gegnerschaft i.S.d. § 91 a ZPO

Der Übertragung der zivilprozessualen Grundsätze zur übereinstimmenden Erledigungserklärung steht auch nicht das Argument entgegen, es fehle in der FG am Zweiparteienprinzip, nach dem die Parteien gegeneinander Rechtsschutz begehren[17].

Für die Frage der gemeinsamen Beendigung kommt es gerade nicht auf die Gegnerstellung an. Dies erfordert nur die Rechtsfolge, § 13 a FGG bzw. § 91 a ZPO, weil gegenseitig Kosten zu erstatten sind. Die gemeinsame Beendigung des Verfahrens könnte von allen Beteiligten vorgenommen werden, dazu bedarf es keiner zwei widerstreitenden Parteien. Für die Nichtstreitverfahren (z.B. Erbschein, Registeranmeldung) wird nach herrschender Meinung die analoge Anwendung des § 91 a ZPO abgelehnt[18], eben wegen der fehlenden Parallelen zum Zivilprozeß. Die freie Gestaltung des FG-Verfahrens, die Beweglichkeit und Beschleunigung dürften nicht durch die formalen Schranken der ZPO eingeengt werden[19]. Dabei wird jedoch nicht beachtet, daß bei Anerkennung der Erledigungserklärung in den Antragsverfahren nicht auf § 91 a ZPO zurückgegriffen werden muß. Die Erledigungserklärung selbst ist in der ZPO nicht geregelt, lediglich die daraus resultierende Kostenentscheidung. So wie zwischen Erledigung und Erledigungserklärung ist jedoch zu trennen zwischen Erledigungserklärung und der daraus resultierenden Kostenfolge. Zutreffend wird daher auch teilweise differenziert[20]. § 91 a ZPO findet zwar keine entsprechende Anwendung; nach dieser Ansicht könne jedoch der Gedanke herangezogen werden, daß der Richter bei Erledigung der Hauptsache davon absehen könne, einen rechtlich oder tatsächlich schwierigen Fall hinsichtlich aller für dessen Lösung bedeutsamen Fragen zu

17) Zimmermann, Rpfleger 1980, 209 (211).
18) S.o., S. 69
19) Zimmermann, a.a.O.
20) BGHZ 28, 117 (122); BGHZ 66, 297 (300); Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44; Jansen, § 13 a Rdnr. 20.

überprüfen und daß er in diesem Fall nach billigem Ermessen ohne nähere Würdigung des rechtlich zweifelhaften Verfahrensausganges entscheiden könne[21]. Hier wird also - jedenfalls ansatzweise - die Kostenfrage von der zugrundeliegenden Verfahrenshandlung getrennt, wenn auch nur eine Verfahrensbeendigung durch das Gericht in Betracht gezogen wird[22].

Nur die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO verlangt daher eine Gegnerstellung im Zweiparteiensystem, da hier die Kosten nach Obsiegen bzw. Unterliegen verteilt werden. Insofern ist es richtig, wenn § 91 a ZPO wegen der Kostenfolge pauschal nur in den Streitverfahren, nicht aber in den Antragsverfahren der Rechtsfürsorgeangelegenheiten für anwendbar gehalten wird. Anders als die Kostenfrage setzt aber die Erledigungserklärung nicht begriffsnotwendig eine Gegnerschaft im Zweiparteienprinzip voraus. Ausreichend ist, daß mehrere Beteiligte am Verfahren teilnehmen. Welche kostenmäßigen Konsequenzen aus der übereinstimmenden Erledigungserklärung in den unterschiedlichen Verfahren zu ziehen sind, ist eine andere Frage und wird noch zu prüfen sein[23].

3. Materielle Verfügungsbefugnis

Soweit gegen die Übertragung zivilprozessualer Grundsätze auf die FG in den Nichtstreitverfahren eingewendet wird, den Beteiligten ermangele es an der Dispositionsbefugnis über das materielle Recht[24], kann dies keine Rolle spielen. Bei Antrags- und Streitverfahren wird schon durch die Notwendigkeit des Antrags vorausgesetzt, daß der staatliche Schutz der möglichen gerichtlichen Regelung verzichtbar ist, weil hier private Interessen im Vordergrund stehen. Anders mag es bei den Amtsverfahren sein. Es wird zu untersuchen sein, inwieweit durch Sicherstellung öffentlicher Interessen dennoch

---

21) BGHZ 28, 117 (122).
22) BGHZ 66, 296 (300).
23) S.S. 86 ff.
24) So Zimmermann, Rpfleger 1980, 209 (211).

eine Dispositionsbefugnis der Beteiligten über das Verfahren erreicht werden kann[25]. Allein auf diese formelle Dispositionsbefugnis kommt es für die Frage der Beendigung an, nicht auf die über das materielle Recht.

4. Konkurrierende Beendigung durch das Gericht

a) Dispositionsmaxime für das Verfahresende

Wegen der auch für die Verfahrensbeendigung geltenden Dispositionsmaxime in den Antrags- und Streitverfahren können die Beteiligten die Beendigung des Verfahrens herbeiführen. Eine Einstellung durch das Gericht wäre nur unter der Geltung der Offizialmaxime möglich. Grundsätzlich kann nur eine der beiden Maximen gelten[26].

Gründe des öffentlichen Interesses bedingen es nicht, daß die Dispositionsmaxime in den Antrags- und Streitverfahren in bezug auf das Verfahrensende durch die Offizialmaxime ersetzt wird. Soweit laut Gesetz das entsprechende Verfahren nur auf Antrag des Beteiligten durchgeführt werden soll, stehen private Interessen im Vordergrund. Kein Gericht oder eine andere Behörde kann den Antragsberechtigten dazu zwingen, den Antrag zu stellen. Dafür sind die u.U. gegebenen öffentlichen Interessen zu schwach; sie erschöpfen sich in der Richtigkeit der Entscheidung, betreffen aber nicht die Frage, ob ein solches Verfahren durchgeführt werden soll.

Wenn es aber im Belieben des Berechtigten steht, staatlichen Schutz für seine Interessen zu beantragen, muß es ihm andererseits möglich sein, auf diesen Schutz nachträglich zu verzichten. Es kann keine Rolle spielen, ob der Antragsteller diese Entscheidung vor Beginn oder während des Verfahrens trifft. Daher muß ihm auch im Verfahren die Freiheit erhalten bleiben, dieses beenden zu können. Noch deutlicher wird dies

---

25) S.S. 254 ff.
26) Ausnahmen z.B. in den Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungsverfahren der ZPO.

in den echten Streitverfahren. In diesen geht es um subjektive Rechte. Wegen der Privatautonomie muß es möglich sein, auf die Geltendmachung dieser subjektiven Rechte zu verzichten, was durch die Verfahrensbeendigung erreicht wird.

b) Verpflichtung zur Antragstellung

Gegen diese Ansicht könnte es sprechen, daß die FG insbesondere in den Registersachen die Beteiligten zur Stellung eines Antrages verpflichtet, der in Handelsregistersachen Anmeldung heißt und diese Verpflichtung durch ein Zwangsgeldverfahren sichert[27]. Zu beachten ist aber, daß es sich nicht um eine Eintragung von Amts wegen handelt, wie etwa bei der gerichtlichen Bestellung von Liquidatoren oder der Amtslöschung von Firmen[28], sondern der Beteiligte wird gem. § 132 FGG zur Eintragung angehalten. Der Registerzwang soll daher nur die Erfüllung der Anmeldeverpflichtung sicherstellen, d.h. nur wenn die materielle Regelung von den Beteiligten gewollt ist (Disposition), bedarf sie zur Wirksamkeit der Eintragung. Das Registergericht kann z.B. bei der Anmeldung einer neu gegründeten Firma nicht eine bestimmte Art der Firmenbildung erzwingen[29], so daß der freie Wille der Beteiligten, ob und wie sie ihre Firma gründen, erhalten bleibt. Lediglich zur Wirksamkeit bedarf es der Eintragung, bei der das Registergericht zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit zum Schutze des Rechtsverkehrs tätig wird.

c) Bindung an Anträge der Beteiligten

Aus der Dispositionsbefugnis folgt, daß die Beteiligten durch ihre Anträge das Gericht binden können, ob über den Verfahrensgegenstand weiter verhandelt werden soll. Teilen die

---

27) Z.B. im Handelsregister. Eine Pflicht zur Anmeldung besteht z.B. nach §§ 29, 31, 53, 106, 161 II, 162 HGB, 7 GmbHG, 36 AktG.
28) Z.B. §§ 34 IV, 148 II, 161 HGB, 67 III GmbHG, 141, 142, 143 FGG.
29) BayObLG, NJW 1973, 371 (372).

Beteiligten die Auffasung des Gerichts nicht, daß eine Erledigung der Hauptsache eingetreten sei und beharren sie deshalb auf ihrem (Verfahrens- oder Sach-) Antrag, so muß daher das Gericht den Antrag des Antragstellers förmlich bescheiden, indem es ihn als unbegründet zurückweisen muß[30]. Das Gericht darf nicht das Verfahren in einem Beschluß ohne entsprechende Anträge der Beteiligten für erledigt erklären.

Das OLG Braunschweig[31] ist der Ansicht, das Gericht dürfe die Hauptsache für erledigt erklären, wenn der Antragsteller trotz Erledigung an seinem Antrag festhalte. Das gelte jedenfalls dann, wenn kein Sach-, sondern lediglich ein Verfahrensantrag vorliege[32]. Nur Sachanträge würden analog § 308 ZPO das Gericht binden, so daß das Gericht die Erledigung nur auf einen entsprechenden Antrag des Antragstellers aussprechen könne[33]. Verfahrensanträge seien nur die Voraussetzung für das Tätigwerden des Gerichts[34]. Das OLG übersieht hierbei jedoch, daß auch die Verfahrensanträge ein Rechtsschutzbegehren enthalten. Nur der Antragsteller allein bzw. im Zusammenwirken mit den anderen Beteiligten kann diesen Rechtsschutzantrag zurücknehmen und das Gericht von einer Entscheidung über das Rechtsschutzbegehren freistellen. Dies folgt aus der Dispositionsmaxime, die unabhängig davon gilt, ob der Antragsteller eine bestimmte Rechtsfolge beantragen kann oder die Auswahl der Maßnahme in das Ermessen des Gerichts stellen muß.

---

30) H.M.: KG, OLGZ 1973 (146); Bassenge-Herbst, FGG, Einl. IV 4 b aa; Damrau, LdR, 18/410 B IV 4.
31) OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 434 ff.
32) OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 436.
33) Für den Zivilprozeß: BGH, JZ 1961, 127: Die Erledigungserklärung des Beklagten ist unbeachtlich, es entscheidet der Klageantrag (allgem. Ansicht; vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 E; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 8 m.w.N.).
34) OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 435.

III. Wirkungen übereinstimmender Erledigungserklärungen

1. Kostenentscheidung

a) Anwendung des § 13 a FGG

aa) Kostenentscheidung auch ohne Sachentscheidung

Auch nach Eintritt eines Ereignisses, welches die Erledigung der Hauptsache herbeiführt, bleibt nach allgemeiner Ansicht[35] eine Entscheidung über die Kostenerstattung zulässig. Maßgebende Rechtsgrundlage dafür ist in allen Rechtszügen § 13 a I 1 FGG[36].

Aus dem Wortlaut des § 13 a FGG läßt sich nicht entnehmen, daß diese Vorschrift nur eine Kostenregelung für den Fall einer Hauptsacheentscheidung vorsieht. Sie verlangt nur die Beteiligung mehrerer Personen. Auch die Begründung zum Entwurf des Änderungsgesetzes, das den § 13 a FGG eingeführt hat[37], befaßt sich nicht mit der Frage der Erledigung.

Daß § 13 a FGG auch bei der Erledigung der Hauptsache anzuwenden ist, ergibt sich aus dem Vergleich mit der früheren Rechtslage. Vor Einführung des § 13 a FGG sah § 9 PreußFGG vor, daß "bei der von ihm zu treffenden Entscheidung" das Gericht auf Antrag die Kosten einem Beteiligten ganz oder teilweise auferlegen kann. Während man in Rechtsprechung und Literatur zunächst am Wortlaut festhielt und der Ansicht war, ohne Entscheidung in der Hauptsache sei keine Kostenentscheidung möglich[38], ist es heute, nachdem § 13 a FGG die Einschränkung hat fallen lassen, allgemeine Meinung, daß

---

35) Jansen, § 13 a Rdnr. 20; Mümmler, JurBüro 1985, 961 (967); Tschischgale, Rpfleger 1961, 97 (101); BGHZ 28, 117 (120).

36) Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44; Jansen, a.a.O.

37) Gesetz zur Änderung und Ergänzung kostenrechtlicher Vorschriften, Bundesrats-Drucksache Nr. 138/56, S. 282 ff; abgedruckt bei Keidel-Kuntze-Winkler, FGG, 9. Aufl., Vorbem. § 13 a Rdnr. 29.

38) Vgl. Zimmermann, Rpfleger 1954, 171 (173).

auch bei Erledigung der Hauptsache § 13 a FGG anwendbar ist[39]. § 13 a FGG gilt dabei für alle Verfahren der FG[40].

bb) Keine Anwendung des § 91 a ZPO

Nach allgemeiner Ansicht[41] ist die Kostenentscheidung in FG-Verfahren bei Erledigung der Hauptsache nicht nach § 91 a ZPO analog zu treffen. § 13 a FGG verweist gerade nicht auf § 91 a ZPO, so daß keine direkte Anwendung möglich ist. Der allgemeine Rechtsgedanke, der hinter der Regelung des § 91 a ZPO steht, ist der, daß unter dem Gesichtspunkt der Prozeßökonomie nach Erledigung keine umfangreichen Beweise und Ermittlungen erhoben werden müssen, nur um noch die Kosten zu verteilen, während in der Hauptsache keine Entscheidung mehr ergeht[42]. Diesem Rechtsgedanken ist nach zutreffender Ansicht des BGH aber schon durch Anwendung des § 13 a FGG auch auf die Fälle Rechnung getragen, in denen über die Hauptsache nicht mehr entschieden wird[43]. Dies gilt um so mehr, als § 13 a FGG lediglich auf die Billigkeit abstellt, während § 91 a ZPO daneben entscheidend den vermutlichen Ausgang des Verfahrens berücksichtigt. Da in den FG-Verfahren nicht zwingend ein Streit gegeben sein muß bzw. kein Zweiparteienprinzip herrscht, kann es zwar in Betracht gezogen werden, es kommt aber nicht entscheidend auf das voraussichtliche Obsiegen bzw. Unterliegen an[44].

Dies erlaubt es im Sinne des FGG, flexibel auf das jeweilige Verfahren zu reagieren, wenn insbesondere andere Billigkeitsgründe ohne Rücksicht auf den Verfahrensausgang gegen eine

---

39) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a bb; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44; Jansen, § 13 a Rdnr. 29; Habscheid, § 22 II 5 a; Mümmler, JurBüro 1985, 961 (968).
40) Jansen, § 13 a Rdnr. 29.
41) Keidel-Kuntze-Winkler, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 4; BGHZ 28, 117 (119); BayObLGZ 1958, 31 (33/34); s.auch S. 69.
42) BGHZ 28, 117 (122); BayObLGZ 1961, 183 (186); Jansen, § 13 a Rdnr. 20.
43) BGH, a.a.O., S. 122.
44) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a bb; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44.

Auferlegung von Kosten sprechen[45]. Die Kostenerstattung soll nach dem Sinn des Gesetzes nur die Ausnahme sein, im Gegensatz zur Regelung des § 91 a ZPO, der eine zwingende Kostenerstattung vorsieht, was aber wegen der Besonderheiten der FG-Verfahren vielfach nicht wünschenswert ist (insbesondere in Familiensachen, in denen Kostenerstattungen vorsichtig gehandhabt werden sollen)[46].

cc) Ausnahme echte Streitverfahren?
Für echte Streitverfahren hat die Rechtsprechung die analoge Anwendung des § 91 a ZPO in der FG bejaht[47]. Der BGH hat in einem Verwaltungsstreitverfahren nach § 201 BRAO ausgeführt, daß nach Erledigung der Hauptsache analog § 91 a ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden sei[48]. Nach Ansicht des BGH umfaßt die Kostenerstattung sowohl die gerichtlichen als auch die außergerichtlichen Kosten. Im vorliegenden Falle wäre der Antragsteller nach Ansicht des BGH unterlegen, so daß der Antragsteller die gerichtlichen Kosten zu tragen hätte. Der BGH sah von der Erstattung außergerichtlicher Kosten nur deswegen ab, weil der Antragsgegner ausdrücklich erklärt hatte, wegen dieser Kosten keinen Antrag zu stellen.

Die analoge Anwendung des § 91 a ZPO für Streitverfahren in der FG geht jedoch zu weit. Falls es zu einer Sachentscheidung kommt, also ohne Erledigung der Hauptsache, ist § 13 a FGG anwendbar[49]. Folgt man der allgemeinen Ansicht, wonach nur ausnahmsweise die Kosten auferlegt werden sollen und die Ablehnung eines Antrags nur ein Aspekt unter mehreren sein soll, so wird deutlich, daß hier der Antragsteller mit unterschiedlichen Kosten belastet wird, nur weil die Hauptsache erledigt ist. Der Antragsteller steht sich schlechter, wenn erledigt ist, da er alle Kosten (gerichtliche und

---

45) BayObLGZ 1966, 257 (266); Rpfleger 1978, 315.
46) BayObLG, Rpfleger 1978, 315 m.w.N.
47) BGHZ 50, 197 ff.
48) BGH, a.a.O., S. 199.
49) Oder Sondervorschriften wie §§ 47 WEG, 201 BRAO.

außergerichtliche) zu tragen hat, und zwar zwingend (§ 91 a ZPO). Ist es aber zu einer Entscheidung gekommen, und es ist § 13 a FGG anzuwenden, so kann das Gericht von einer Kostenentscheidung nach seinem Ermessen absehen oder auch nur Teile der Kosten auferlegen. Die Ablehnung des Antrags ist also für den Antragsteller kostengünstiger als die Erledigung, obwohl auch bei der Erledigung gem. § 91 a ZPO geprüft wird, ob der Antrag letztlich nach jetzigem Erkenntnisstand erfolgreich gewesen wäre. Eine derartige Bestrafung für ein nach Antragstellung eingetretenes Ereignis, das in der Regel nicht aus der Sphäre des Antragstellers kommt, ist nicht gerechtfertigt. Beide Fälle müssen kostenmäßig gleich behandelt werden.

b) Grundsätze der Kostenerstattung nach § 13 a FGG

aa) Herrschende Meinung: Nur als Ausnahme bei entgegengesetzten Interessen

Im Verfahren der FG kommt nach allgemeiner Ansicht[50] eine Entscheidung über die Erstattung von Kosten gem. § 13 a FGG nur dann in Betracht, wenn es sich um ein Verfahren mit mehreren Beteiligten im formellen Sinne handelt und diese Beteiligten sich mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen; in Amtsverfahren dann, wenn entgegengesetzte Ziele erstrebt werden (z.B. § 1671 BGB Streit der Eltern um die elterliche Sorge), dem Antrags- und Streitverfahren, wenn der andere Beteiligte dem Antrag widerspricht (z.B. der den Erbschein beantragende Testamentserbe und der widersprechende gesetzliche Erbe).

Soweit danach § 13 a FGG anwendbar ist, gilt als Grundsatz in der FG, daß jeder Beteiligte die ihm erwachsenen Kosten selbst trägt[51]. § 13 a I 1 FGG stellt die Anordnung der Kostenerstattung in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts und macht sie davon abhängig, daß dies der Billigkeit ent-

---

50) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 2; Jansen, § 13 a Rdnr.7
51) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a; Jansen, § 13 a Rdnr. 9; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 21, KG, Rpfleger 1958, 385 (386).

spricht. Nach allgemeiner Ansicht[52] bedeutet dies, daß die Anordnung der Kostenerstattung in der FG nicht die Regel ist, insbesondere nicht die notwendige Folge des Unterliegens. Sie bedarf darüber hinaus besonderer Rechtfertigung durch die Lage des Einzelfalls. Die bloße Abweisung eines Antrags ist für sich allein noch kein ausreichender Grund, dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen, da es sonst nicht erforderlich wäre, die Anordnung in das Ermessen des Gerichts zu stellen. Da die Regelung des § 13 a I 1 FGG eine bewußte Abweichung von dem starren Erfolgsgrundsatz des § 91 a ZPO darstellt, dürfen die Grundsätze der ZPO über die Pflicht zur Kostentragung nicht mit der Begründung in das Verfahren der FG übernommen werden, es entspreche der Billigkeit, daß der Unterliegende die den anderen Beteiligten erwachsenen Kosten erstattet. Bestehen nach der Sachlage keine hinreichenden Gründe für die Anordnung der Kostenerstattung, so muß sie unterbleiben[53].

Für den Sonderfall der Erledigung der Hauptsache gilt die weitere Abschwächung, daß aus Billigkeitsgründen grundsätzlich auf eine Kostenentscheidung verzichtet werden sollte[54]. Bei den anzustellenden Billigkeitserwägungen reicht es nämlich für die Anordnung einer Kostenerstattung im allgemeinen nicht aus, daß ein Beteiligter ohne das erledigende

---

52) Jansen, § 13 a Rdnr. 9; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44, BayObLGZ 1961, 183 (185); KG, OLGZ 1965, 226 (232).

53) Zu weitgehend jedoch Mümmler, JurBüro 1985, 961 (963): Nach seiner Ansicht folgt aus der Gegenüberstellung der beiden Sätze des § 13 a FGG, daß in 1. Instanz eine Verpflichtung zur Kostenentscheidung grundsätzlich nur bestehe, wenn ein Beteiligter durch grobes Verschulden Kosten verursacht habe. Die Ermessensprüfung kann aber ergeben, daß hier eine Kostenerstattung angebracht ist, eben z.B. bei streitiger Verhandlungsführung (dazu weiter unten). Das bedeutet dann aber, daß die Kostenerstattung vorzunehmen ist (Tschischgale, Rpfleger 1961, 97, 100). Wenn die Prüfung der Verhältnisse aufgrund des S. 2 negativ ausfalle, so habe nach S. 1 untersucht zu werden (Tschischgale, a.a.O.).

54) Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a bb; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44.

Ereignis voraussichtlich unterlegen wäre[55]. Es müssen nach Lage des Einzelfalles noch weitere Billigkeitsgründe hinzutreten[56].

bb) Kritik der Allgemeinen Ansicht

Aus dem Wortlaut des § 13 a FGG läßt sich nicht entnehmen, daß gegensätzliche Interessen vorausgesetzt werden. Die Vorschrift setzt nur voraus, daß mehrere Beteiligte vorhanden sein müssen und ordnet an, daß die Kosten nach Billigkeit zu verteilen sind. Es ist gerade die Besonderheit des § 13 a FGG, daß das voraussichtliche Unterliegen im Gegensatz zu § 91 a ZPO nur ein Aspekt ist, der aber nicht allein entscheidend ist. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Art der Verfahrensführung, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten u.a.. Diese anderen Gesichtspunkte können aber auch in Amts- und Antragsverfahren gegeben sein, in denen keine gegensätzlichen Interessen hervortreten, § 13 a FGG demnach nicht anwendbar wäre.

cc) Interessengegensatz indiziert Kostenentscheidung nach voraussichtlichem Verfahrensausgang

Richtig ist sicherlich, daß auf eine Kostenerstattung gem. § 13 a FGG verzichtet werden soll, wenn kein Streit zwischen den Beteiligten herrscht. In Erwägung zu ziehen ist die Frage einer Kostenerstattung aber auch dann, da § 13 a FGG keine Gegnerstellung der Beteiligten voraussetzt. Die Anwendung der Grundsätze der Erledigungserklärung erfordert keine widerstreitenden unterschiedlichen Interessen[57], so daß auch die Rechtsfolge, die Anwendung des § 13 a FGG, von dieser Frage grundsätzlich unabhängig ist.

---

55) Jansen, § 13 a Rdnr. 20; Zimmermann, Rpfleger 1959, 388; KG, Rpfleger 1959, 385 (386).

56) KG, a.a.O.: Ansonsten verbleibt es bei der Grundregel, daß keine Kostenerstattung ausgesprochen wird, daher kein Ermessen; abschwächend Jansen, a.a.O.: soweit es bei der Ermessensausübung noch auf den voraussichtlichen Verfahrensausgang ankommt, ist darüber in Anlehnung an den Grundgedanken des § 91 a ZPO, der jedoch nicht unmittelbar oder entsprechend anzuwenden ist, unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu befinden.

57) S.o., S. 81.

Je mehr sich die Verfahren Streitverfahren nähern, weil entgegengesetzte Anträge gestellt werden oder widerstreitende Interessen offen zutage treten, desto mehr gewinnt der Gesichtspunkt des Obsiegens bzw. Unterliegens auch nach den Vorstellungen der Beteiligten an Gewicht. In Amtsverfahren mit widerstreitenden Interessen wird dies weniger deutlich sein, da die Anträge hier nur Anregungen sind und das Gericht diese Anträge nicht bescheidet. Das Gericht entscheidet ohne oder auch gegen die Anregungen der Beteiligten. Stärker wiederum ist der Aspekt bei den Antragsverfahren. Diese sollen nach dem Gesetzesgedanken zunächst von dem Beteiligten selbst geregelt werden[58], bevor gerichtlich entschieden wird. Das öffentliche Interesse ist gering. Wenn schon eine einverständliche Einigung der Beteiligten nicht erfolgen konnte, stehen sich die Beteiligten wie Parteien eines Zivilprozesses gegenüber, wobei jedoch das Gericht an ihre Anträge nicht gebunden sein muß. Am stärksten ist der Aspekt in den echten Streitverfahren. Hier wird über die gegnerischen Anträge nach subjektiven Rechten entschieden, so daß bei Stattgabe bzw. Abweisung von Obsiegen und Unterliegen gesprochen werden kann. Es führt daher eine Linie vom (einverständlichen) Amtsverfahren zum echten Streitverfahren, in dessen Verlauf das Bedürfnis wächst, die Kosten nach dem Verfahrensverlauf zu verteilen. Dies gilt nicht nur, falls es zur Entscheidung durch das Gericht gekommen ist, sondern auch dann, wenn keine Entscheidung mehr ergehen kann, weil sich die Hauptsache erledigt hat. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Kostenentscheidung anders aussehen soll, denn der Antrag bzw. das Verfahren war zunächst zulässig und begründet und ist erst nach Verfahrenseinleitung sinnlos geworden.

Je stärker somit der Gedanke des Streits bzw. der gegensätzlichen Interessen in den Vordergrund tritt, desto eher ergibt sich die Parallele zu § 91 ZPO, wonach auch für die Beteiligten der mutmaßliche Verfahrensausgang von Bedeutung ist.

---

58) Z.B. § 1672 BGB: Entscheidung von Amts wegen nur bei Gefährdung des Kindeswohls.

Entsprechend dazu verläuft die Annäherung an § 91 a ZPO, wenn keine Entscheidung mehr ergeht, weil die Hauptsache für erledigt erklärt worden ist.

Je streitiger das Verfahren war, desto eher ist auf die Prognose des Verfahrensausgangs abzustellen. Man wird sagen können, daß in Amtsverfahren und in unstreitigen Antragsverfahren in der Regel auf Kostenerstattung verzichtet werden sollte, es sei denn, es kämen materielle Gründe in Betracht (wirtschaftliche Verhältnisse usw.). In streitigen Antragsverfahren und in echten Streitverfahren sollten die Kosten in der Regel nach dem Verfahrensausgang verteilt werden, da hier gegensätzliche Interessen beschieden werden, also eine Gegnerschaft wie im Zivilprozeß vorliegt. Zudem ist zu berücksichtigen, daß in diesen Verfahren, in denen sich die Beteiligten "streitig" gegenübertreten, die Aufwendungen der Betroffenen höher sein werden (z.B. Rechtsanwaltskosten) als in einverständlichen Sachen (dazu c).

c) Umfang der Kostenerstattung

aa) Herrschende Meinung: Nur außergerichtliche Kosten
Welche Kosten dem Beteiligten zu erstatten sind, wenn eine Erstattungspflicht vom Gericht ausgesprochen wird, ist streitig. Teilweise[59] wird angenommen, daß die Erstattung nur die außergerichtlichen Kosten, nicht aber die Gerichtskosten umfasse. Gerichtskosten seien nur dann zu erstatten, wenn diese Entscheidung des Gerichts ausdrücklich vorgesehen sei[60]. Eine Entscheidung über die Gerichtskosten sei unnötig, da sich bereits aus der KostO ergebe (§ 2, 3 KostO), wer die Gerichtskosten zu tragen habe[61].

---

59) Zimmermann, Rpfleger 1958, 69 (70); Mümmler, JurBüro 1985, 961 (963).
60) Z.B. §§ 33 I, 138 FGG; 34, 42 I, 44 LwVG; 20 S. 1 HausratsVO; 47 S. 1 WEG.
61) Zimmermann, a.a.O.: § 13 a I 1 FGG spricht von "Erstattung" von Kosten, also mithin von außergerichtlichen Kosten; S. 2 dagegen von "Auferlegen", damit von allen Kosten.

Richtig ist zwar, daß § 13 a FGG ebenso wie §§ 91, 91 a ZPO nur das Verhältnis zwischen den Beteiligten regelt, nicht aber das Verhältnis zur Staatskasse[62]. Dafür gilt die KostO. Zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit gehören aber auch die Gerichtskosten, da der Antragsteller sie erst einmal hat aufwenden müssen, um das Verfahren überhaupt einzuleiten. Er haftet dann als Kostenschuldner (§ 2 Nr. 1 KostO). Die Erstattung hat dann den Sinn, daß der Erstattungspflichtige neben dem Antragsteller der Staatskasse haftet (§ 3 Nr. 1 KostO)[63]. Der Erstattungspflichtige haftet - gegebenenfalls - aufgrund des Veranlassungsprinzips für die aufgewendeten oder aufzuwendenden Gerichtskosten[64]. Unberührt davon bleibt aber die Frage, ob im konkreten Falle die Gerichtskosten von der Kostenerstattung ausgenommen werden sollen[65].

bb) Rechtsanwaltskosten

Ebenso ist streitig, ob die Rechtsanwaltskosten als "zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendige Kosten" anerkannt werden sollen, da in § 13 a FGG zwar auf § 91 I ZPO, nicht aber auf § 91 II ZPO verwiesen wird[66].

cc) Anwendung der Grundsätze der §§ 91, 91 a ZPO

Die Lösung für beide Streitfragen ergibt sich aus der oben vertretenen Ansicht: Soweit sich die Beteiligten in dem betreffenden Verfahren widerstreitend gegenübertreten, sei es

---

62) Jansen, § 13 a Rdnr. 22.
63) So herrschende Meinung: vgl. Jansen, § 13 a Rdnr. 22.
64) Tschischgale, Rpfleger 1961, 97 (98).
65) Jansen, § 13 a Rdnr. 22: z.B. Erbschein, da der Antragsteller auch bei Widerspruch des anderen Erben die Kosten für den Erbschein aufwenden muß.
66) Vgl. Zimmermann, Rpfleger 1958, 69 (70): nicht in allen Angelegenheiten; anders Tschischgale, Rpfleger 1961, 97 (98), insbesondere 101: "die Kosten eines in erforderlicher Weise zugezogenen Rechtsanwalts", S. 101: die Schwierigkeiten, die mehr oder minder jede Angelegenheit der FG vor allem in rechtlicher Beziehung bereitet, gebieten es, die Zuziehung eines Anwalts in weitestmöglichem Umfang für notwendig im Sinne der §§ 13 a FGG, 91 I ZPO zu erklären.

durch Anträge oder durch ihre erkennbaren Interessen, desto eher wird die Anwendung der Gedanken der §§ 91, 91 a ZPO gerechtfertigt sein. Müssen Interessen gegeneinander durchgesetzt werden, so wird es nötig sein, sich anwaltlicher Hilfe zu bedienen, um die eigenen Vorstellungen und Interessen sachgerecht zu artikulieren und gegenüber den anderen Interessen wirkungsvoll durchzusetzen. Bei Streitverfahren und Antragsverfahren mit widerstreitenden Interessen sollte daher eine Kostenerstattung im Umfang des § 91 ZPO bzw. bei Erledigung nach § 91 a ZPO erfolgen.

Stehen die Beteiligten mit gleichgerichteten Interessen vor Gericht, wird sich eine Auferlegung dieser Kosten von selbst verbieten.

2. Kein neues Verfahren nach übereinstimmender Erledigungserklärung

a) Streitstand im Zivilprozeß

Im Zivilprozeß ist es streitig, ob übereinstimmende Erledigungserklärungen ein neues Verfahren über denselben Streitgegenstand verhindern[67]. Die Unterschiede rühren daher, daß über die Rechtsnatur der übereinstimmenden Erledigungserklärung keine Einigkeit besteht.

aa) Einverständniserklärung

Die herrschende Meinung sieht in den Erledigungserklärungen prozessuale Einverständniserklärungen[68], also zwei einseitige Prozeßhandlungen, die lediglich die Rechtshängigkeit des

---

67) H.M.: Der Beschluß nach § 91 a ZPO erlangt keine materielle Rechtskraft, da das Gericht über den Anspruch nicht entschieden hat. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 C; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 11 b aa; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 28; OLG Nürnberg, NJW 1979, 169; OLG Hamm, FamRZ 1981, 1065. A.A.: Rosenberg-Schwab, § 133 II 4; Brox, JA 1983, 289 (295): Eine erneute Klage ist wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses wie nach Abschluß eines Prozeßvergleiches unzulässig.

68) Deubner, JuS 1962, 205 (206); Grunsky, § 12 II 4; Göppinger, Erledigung, S. 88/89.

Klageanspruchs zum Erlöschen bringen. Es handele sich um keine Willenseinigung der Parteien, sondern um bloße Anzeigen an das Gericht. Eine neue Klage sei zulässig, sogar die Fortsetzung des alten Prozesses durch einseitigen Widerruf[69].

bb) Prozessuale Vereinbarung

Habscheid[70] und Rosenberg-Schwab[71] sehen in der übereinstimmenden Erledigungserklärungen eine prozessuale Vereinbarung, durch die die Parteien über den Streitgegenstand verfügen und ihn der Entscheidungsbefugnis des Gerichts entziehen. Die Rechtshängigkeit werde dadurch beendet, daß die Parteien die Erledigung gegenüber dem Gericht anzeigen. Ähnlich wie beim Vergleich sei eine neue Klage wegen des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

cc) Privilegierte Klagerücknahme

Z.T. wird vertreten, die Erledigungserklärung des Klägers sei als privilegierte Klagerücknahme anzusehen[72], verbunden mit der Zustimmung des Beklagten. § 91 a und § 269 ZPO unterscheiden sich lediglich im Kostenpunkt. Danach kann der Kläger jederzeit erneut Klage erheben.

dd) Klageverzicht

Nikisch[73] und Donau[74] werten die Erledigungserklärung des Klägers als Klageverzicht (=Verzicht auf den Anspruch[75]), die Erklärung des Beklagten als Verzicht auf ein klageabweisendes Urteil. Verzichtet werde auf den prozessualen Anspruch, d.h. die Rechtsbehauptung werde fallengelassen, so daß der Kläger damit nicht mehr gehört werden könne[76]. Im

---

69) Göppinger, S. 99.
70) Habscheid, JZ 1963, 579 (579).
71) Rosenberg-Schwab, § 133 II 1.
72) Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 36.
73) Nikisch, § 66 III 2.
74) Donau, JR 1956, 169 (170).
75) Nikisch, a.a.O.
76) Nikisch, § 66 III 4.

Gegensatz zu § 306 ZPO werde durch diesen prozessualen Gesamtakt jedoch die Rechtshängigkeit beseitigt, ohne daß es eines rechtskräftigen Verzichtsurteils wie bei § 306 ZPO bedürfe, was aber möglich sei. Die Erledigungserklärung enthalte im Gegensatz zur Klagerücknahme, die ein Verzicht auf ein Sachurteil in diesem Prozeß sei, das Anerkenntnis des Klägers, daß der Klageanspruch nicht mehr bestehe und damit den Verzicht auf ein Sachurteil schlechthin[77].

b) Übertragung auf die FG

aa) Die Theorien in der FG

Den Beteiligten steht in den Antragsverfahren i.d.R. keine Dispositionsbefugnis über das materielle Recht zu[78], sie können daher nicht auf den "Anspruch" verzichten. Die Theorie des Klageverzichts ist daher auf die FG nicht übertragbar, will man für die einzelnen Materien der FG einheitliche Lösungen erreichen. Die Erledigungserklärung kann in der FG auch nicht als privilegierte Antragsrücknahme angesehen werden. Die Auferlegung der Kosten ist in der FG die Ausnahme, während im Zivilprozeß der Kläger immer bei Klagerücknahme die gesamten Kosten des Rechtsstreits trägt.

Man könnte die Erledigungserklärung der Beteiligten als Einverständniserklärung (aa) auffassen. Danach würden alle Beteiligten gleichartige Erklärungen an das Gericht abgeben, nicht jedoch als Einigung untereinander. Dies würde den Besonderheiten der FG nicht gerecht: In der FG sind die anderen Beteiligten nicht nur Gegner mit entgegengesetzten Anträgen, sondern sie können ebenfalls einen Antrag zur Entscheidung über den Verfahrensgegenstand stellen, genauso wie der (zufällige) Antragsteller. Das Einverständnis der anderen Beteiligten wäre keine Bewirkungshandlung. Nur durch Bewirkungshandlungen aber können die Beteiligten gemeinsam

77) Donau, a.a.O.
78) §§ 1671, 1672 BGB, § 2353 BGB, Registersachen; anders in echten Streitsachen (z.B. WEG; HausratsVO).

ihre Dispositionsbefugnis über Beginn und Ende des Verfahrens ausüben[79]. Durch ein an das Gericht gerichtetes Einverständnis zur Erklärung des Antragstellers kann nicht die Rechtshängigkeit des Verfahrensgegenstandes beseitigt werden, da nur alle Beteiligten zusammen die Dispositionsbefugnis haben. Sie alle sind u.U. antragsberechtigt und könnten, etwa nach Antragsrücknahme des ersten Antragstellers, das Verfahren wieder aufnehmen.

Das Einverständnis als Erwirkungshandlung würde eine gerichtliche Tätigkeit erfordern, um die Rechtshängigkeit zu beseitigen. Dies würde der in FG-Verfahren herrschenden Dispositionsmaxime widersprechen.

In den Antragsverfahren müssen daher alle Antragsberechtigten ihre Erledigungserklärung abgeben, und zwar gegenseitig. Da nur die Beteiligten, nicht aber das Gericht, die Rechtshängigkeit beseitigen können, muß dies in einer "prozessualen Vereinbarung" im Sinne von bb) geschehen. Die Erledigungserklärung in der FG geht also in ihrem Umfang über die Erledigungserklärung im Zivilprozeß hinaus, weil gleichzeitig das eigene Antragsrecht des zustimmenden anderen Beteiligten berührt wird.

Der Beteiligte, der durch seine Erledigungserklärung zu erkennen gegeben hat, daß er kein Interesse mehr an der Durchführung des Verfahrens hat, verzichtet gegenüber den anderen Beteiligten auf sein mögliches Antragsrecht.

Die Erledigungserklärung ersetzt somit in den Antragssachen der FG den Vergleich, der hier über den materiellen Verfahrensgegenstand nicht möglich ist, da die Beteiligten darüber keine Dispositionsbefugnis haben. Ein Vergleich nur über das Antragsrecht wäre jedoch ausgeschlossen, da es kein gegenseitiges Nachgeben wäre.

---

79) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 133 II 1.

bb) Wirkung einer prozessualen Vereinbarung

Es fragt sich, ob die prozessuale Vereinbarung den Beteiligten verbietet, ein neues Verfahren einzuleiten.

Nach herrschender Meinung im Zivilprozeß[80] enthält die Kostenentscheidung gem. § 91 a ZPO keine innere Rechtskraft, da das Gericht über die Hauptsache nicht entschieden hat; bei der prozessualen Vereinbarungstheorie steht die gültige Vereinbarung der Parteien einer neuen Klageerhebung im Wege.

Zu beachten ist, daß bei der Klagerücknahme die Parteien den Prozeß für erledigt erklären, dazu im Gegensatz bei der Erledigungserklärung den Streitgegenstand[81]. Bezogen auf die FG heißt dies, daß die Beteiligten bei der Antragsrücknahme zustimmen, daß der jetzige Antragsteller seinen Antrag zurücknimmt, sie aber nichts darüber erklären, ob sie selbst evtl. einen neuen Antrag stellen wollen. Denn hier geht es nur um die Frage, ob der Antragsteller wirksam seinen Antrag zurücknehmen kann.

Demgegenüber wünschen alle Beteiligten bei der Erledigungserklärung keine gerichtliche Entscheidung über den anstehenden Verfahrensgegenstand[82], weil man sich z.B. intern geeinigt hat (z.B. in Erbscheinsverfahren, Sorgerechtsregelung gem. § 1672 BGB) oder wie Habscheid es für den Zivilprozeß ausdrückt: Die Parteien versprechen sich gegenseitig, den anhängigen Rechtsstreit zu beenden und keinen neuen über denselben Anspruch zu beginnen.

Von einer solchen Vereinbarung können sich die Beteiligten nicht ohne weiteres lösen. Die Erledigungserklärung ist

---

80) Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 11 b aa; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 C; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 22; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 28; OLG Hamm, FamRZ 1981, 1065; OLG Nürnberg, NJW 1979, 169 m.w.N.
81) Vgl. Habscheid, JZ 1963, 582.
82) Habscheid, JZ 1963, 582.

eine Prozeß- bzw. Verfahrenshandlung und somit unanfechtbar und unwiderruflich[83], denn prozessuale Akte, die eine für den Gegner günstige Position schaffen, sind grundsätzlich unwiderruflich[84]. Dabei ist auch zu beachten, daß die Beteiligten wie auch die Parteien im Zivilprozeß den Erledigungsgrund aufgrund der ihnen zustehenden Dispositionsmaxime nicht angeben müssen[85]. Dem Gericht wird also der Grund der Erledigung nicht ohne weiteres bekannt, es sei denn, es hätte infolge der Inquisitionsmaxime durch eigene Ermittlungen zuvor davon erfahren.

Im übrigen ist zu beachten, daß die anderen Beteiligten mit der Erledigungserklärung ein anderes Kostenrisiko eingehen als mit der Zustimmung zur Antragsrücknahme. Bei der Antragsrücknahme muß der Beteiligte keine ungünstigere Kostenfolge befürchten, denn es können keine Kosten erstattet werden; anders dagegen bei der Erledigungserklärung, bei der u.U. Kosten dem Zustimmenden auferlegt werden. Es erscheint daher in Anlehnung an die Argumentation Habscheids[86] für die Erledigungserklärung im Zivilprozeß gerechtfertigt und billig, den anderen Beteiligten vor Erneuerung des Verfahrens zu schützen, wenn er seine Zustimmung zur Erledigung der Hauptsache gegeben hat.

cc) Ausnahme: Verfügungen mit Dauerwirkung

Eine Ausnahme wird man jedoch wegen der Flexibilität des FG-Verfahrens bei Verfügungen mit Dauerwirkung machen müssen. Die Beteiligten müssen das Recht haben, bei veränderten Umständen erneut einen eigenen Antrag einzubringen. Damit ist kein Anfechtungsrecht oder Rücktrittsrecht gemeint, wie es Blomeyer[87] zuläßt. Das eigene Antragsrecht muß dann wieder aufleben, wenn das erledigende Ereignis wegfällt; es ist

---

83) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 C; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 19.
84) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grundz. § 128 Anm.5 G.
85) Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 12.
86) Habscheid, JZ 1963, 582.
87) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 64 II 1.

quasi die Grundlage der Zustimmung.

Das erledigende Ereignis kann im Gegensatz zum Zivilprozeß in der FG mit seinen statusregelnden Verfahren entfallen. Z.B. können im Verfahren nach § 1672 BGB die Eltern die Erledigung anzeigen, wenn sie wieder zusammenwohnen. Es muß ihnen unbenommen bleiben, bei einer erneuten Trennung wieder einen Antrag auf Entscheidung über die elterliche Sorge gem. § 1672 BGB stellen zu können. Es handelt sich hierbei um die der Rechtskraft ähnliche Problematik: Auch wenn Entscheidungen in der FG (ausnahmsweise) in materielle Rechtskraft erwachsen, so hindert doch die Rechtskraft nicht ein neues Verfahren und eine abweichende zweite Entscheidung, wenn sich der zu beurteilende Sachverhalt geändert hat. In den anderen Verfahren, die auf keine Verfügung mit Dauerwirkung hinauslaufen, sondern nur eine einmalige Situation regeln (z.B. Erbschein), treffen diese Notwendigkeiten nicht zu, so daß die Beteiligten an ihre eigene Erledigungserklärung gebunden sind.

3. Aufhebung von gerichtlichen Entscheidungen

a) Verfügungen mit Dauerwirkung

aa) Erledigungserklärung bis zur formellen Rechtskraft
Im Zivilprozeß können übereinstimmende Erledigungserklärungen wirksam solange abgegeben werden, als die Entscheidung noch nicht formell rechtskräftig geworden ist[88]. Bis zu diesem Zeitpunkt kann auch die Klage zurückgenommen werden, da bis dorthin die Dispositionsbefugnis des Klägers reicht[89]. Im Zivilprozeß wird jede Entscheidung im Gegensatz zur FG formell rechtskräftig. In Verfahren der FG werden die Beschlüsse nur dann formell rechtskräftig, wenn sie mit sofortiger Beschwerde anfechtbar sind und die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist; sonst nur bei letztinstanzlichen Entscheidungen oder Rechtsmittelverzicht aller Beteiligter[90].

---

88) Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 14; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6 a aa; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 6; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 C.
89) Thomas-Putzo, § 269 Anm. 2.
90) Baur-Wolf, Kap. 4 IV 2.

Es fragt sich, ob die Beteiligten bei Verfügungen mit Dauerwirkung[91] ebenfalls wegen der mangelnden formellen Rechtskraft unbeschränkt Erledigungserklärungen abgeben können und damit durch ihre Beteiligtenhandlung die gerichtliche Entscheidung aufheben können.

bb) Abänderung wegen veränderter Verhältnisse

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wie sich die Einführung einer neuen, nachträglich eingetretenen Tatsache[92], hier die Erledigung, auf das Verfahren auswirkt. Dabei bestehen Schwierigkeiten mit der Abgrenzung zur Abänderbarkeit nach § 18 FGG.

Grundsätzlich muß unterschieden werden zwischen der Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung und der Abänderung einer Entscheidung, die zunächst richtig war, aber nunmehr wegen veränderter Verhältnisse geändert oder aufgehoben werden muß. Nach Habscheid[93] unterliegt die Abänderung wegen veränderter Verhältnisse nicht der Einschränkung gem. § 18 II FGG, sondern ist immer möglich, wenn wegen veränderter Verhältnisse die Verfügung im Laufe der Zeit nicht mehr gerechtfertigt erscheint. Danach müßte also auch bei der Erledigung ein neues Verfahren begonnen werden, in dem das Gericht die bisherige Entscheidung durch eine aufhebende Verfügung ersetzt. Dem wird entgegengehalten[94], daß die Änderung von Verfügungen in der FG die Identität des Verfahrens voraussetzt, weil auch auf Einlegung einer Beschwerde, die mit dem Änderungsantrag nach § 18 I 2. HS FGG gleichzusetzen sei, das Beschwerdegericht innerhalb eines einheitlichen Verfahrens entscheide.

Nach anderer Ansicht[95] umfaßt die Änderungsbefugnis des

---

91) Z.B. Ernennung zum Vormund, Anordnung der Fürsorgeerziehung.
92) Sog. "factum superveniens".
93) Habscheid, § 27 III 5 b; Habscheid, Rpfleger 1957, 164 (172); Pikart-Henn, 1. Abschn. D III 7 g.
94) Rothe, S. 42.
95) Jansen, § 18 Rdnr. 6; Bumiller-Winkler, § 18 Anm. 1 a; Böttticher, JZ 1956, 582 ff; Rothe, S. 53-55.

§ 18 FGG nicht nur die Richtigstellung von Fehlentscheidungen, sondern es müßten auch neue Tatsachen Berücksichtigung finden, wenn eine anfänglich richtige Verfügung durch nachträglich eingetretene Tatsachen unrichtig werde. Bötticher[96] begründet dies aus der Entstehungsgeschichte des § 18 FGG. Diese Vorschrift sollte dem Abhilferecht des § 571 ZPO entsprechen mit der durch den Grundsatz des Amtsbetriebes gebotenen Abwandlung, daß es zur Abänderung einer Beschwerde nicht bedürfe[97]. Bötticher schränkt den Anwendungsbereich des § 18 FGG für den hier interessierenden Fall der schlichten Aufhebung ein[98]. Derartige Abänderungen fielen nicht unter § 18 FGG, da es dem Gesetzgeber selbstverständlich erscheinen mußte, daß unter den gesetzlichen Voraussetzungen z.B. eine Pflegschaft aufzuheben oder ein Vormund zu entlassen sei. Dies sei keine Korrektur der früheren Verfügung.

Nach herrschender Meinung[99] ist eine Abänderung wegen veränderter Verhältnisse ohne neues Verfahren stets zulässig. § 18 FGG wird nicht angewendet, insbesondere die Einschränkung des § 18 II FGG sowie die Frage der formellen oder materiellen Rechtskraft der Verfügung spielen keine Rolle. Begründet wird die unbegrenzte Befugnis zur Abänderung mit einer Rechtsanalogie zu zahlreichen materiellen Einzelvorschriften, die eine Abänderung bzw. Aufhebung ausdrücklich vorsehen[100]. Diesen Vorschriften liege ein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde, der sich auch in § 323 ZPO wiederfinde: Daß bei allen Verfü-

---

96) Bötticher, a.a.O., S. 584.
97) Hahn-Mugdan, S. 39.
98) "actus contrarius", S. 583.
99) Keidel-Kuntze-Winkler, § 18 Rdnr. 2; Baur, § 24 C; BayObLG, MDR 1962, 997; Gäbelein, JR 1955, 260 ff; LG Braunschweig, NdsRpfl. 1955, 54; Bärmann, § 21 III 3 b.
100) Z.B. §§ 1919, 1921 I, II, 1884 BGB: ausdrückliche Aufhebungsverfügung; §§ 1882, 1908 III, 1921 III BGB: automatisches Erlöschen; §§ 1382 VI BGB, 45 IV WEG, 17 HausratsVO, 17 VHG, 37 IV LwVG: Aufhebung der Erstverfügung, wenn sich die Verhältnisse nach der Entscheidung wesentlich verändert haben.

gungen mit Dauerwirkung eine wesentliche Änderung der entscheidungserheblichen Umstände das Gericht zu einer Abänderung, d.h. einer abweichenden Neugestaltung, berechtige und verpflichte[101].

Da die Bindungen des § 18 FGG nicht bestehen, müßte an sich die Abänderung, hier die Aufhebung, auch von Amts wegen geschehen[102]. Nach Bärmann wird jedoch für Neuentscheidungen in Antragssachen ein neuer Antrag als notwendig erachtet, weil hier ein neues Verfahren eingeleitet werde[103].

b) Anwendung der Erledigungserklärung auf Verfügungen mit Dauerwirkung

Mit der Abgabe von Erledigungserklärungen könnten die Beteiligten den Sonderfall der Aufhebung (nicht der Abänderung) durch Beteiligtenhandlung herbeiführen, ohne daß es einer gerichtlichen Entscheidung bedürfte.

Ein Antrag auf Aufhebung der ursprünglichen Verfügung würde, je nachdem welcher der oben genannten Lehren man folgen will, ein neues Verfahren einleiten bzw. das alte Verfahren (ggf. mit den Bindungen des § 18 FGG) fortsetzen, das dann mit einer neuen gerichtlichen Entscheidung endet, die die bisherige ersetzt. Zu beachten bleibt aber, daß die Beteiligten wegen der fehlenden formellen Rechtskraft die Dispositionsbefugnis

---

101) Bärmann, § 21 III 3 b; Gäbelein, JZ 1955, 260 (261): Man würde sonst die Beteiligten dazu zwingen, ein neues Verfahren einzuleiten, in dem dann auf jeden Fall über den neuen Streitgegenstand entschieden würde.
102) § 18 I 2 FGG gilt nicht.
103) Bärmann, § 21 III 3 c; vgl. auch Habscheid, § 27 III 5 c.

über das alte Verfahren behalten[104]. Das Verfahren kann somit nicht endgültig abgeschlossen werden, da die Verfügungen auf eine gewisse Dauer angelegt sind[105]. Der vollen Dispositionsbefugnis der Beteiligten entspricht es, wenn sie die Befugnis besitzen, die nicht formell rechtskräftige Entscheidung aufzuheben, wenn sie als Beteiligte keine gerichtliche Regelung mehr für nötig halten oder nicht mehr wünschen. Es ist kein Beteiligter übergangen worden, zu dessen Schutz das Verfahren gegeben ist; anders als bei einer Antragsrücknahme, bei der es Bassenge[106] zu Recht für unmöglich hält, daß ein Beteiligter eine Gerichtsentscheidung aufheben kann (sofern keine Zustimmung der anderen Beteiligten für erforderlich gehalten wird). Bei einem Antrag auf Aufhebung dagegen würde die Entscheidung darüber auf das Gericht übergehen. Das Gericht hätte freie Hand in der Prüfung, ob es die frühere gerichtliche Verfügung aufrecht erhalten oder aufheben soll. Das Gericht könnte somit gegen den erklärten Willen der Beteiligten handeln, indem es etwa die frühere Verfügung bestätigt.

Die Erledigungserklärung würde es ermöglichen, mit der herrschenden Meinung die Abänderung der Verfügung für den

---

104) Anders Baur, § 21 II 2 c und Schlegelberger, § 18 Rdnr. 22: Die Rücknahmemöglichkeit des Antrags in der Zeit zwischen Erlaß der Entscheidung 1. Instanz und dem Eintritt der Rechtskraft sei fraglich. § 269 III 1 2. HS. ZPO sei nur für Streitsachen anwendbar wegen der vergleichbaren prozessualen Lage; für andere Antragssachen fehle eine entsprechende Bestimmung über den automatischen Wegfall einer bereits ergangenen gerichtlichen Entscheidung. Doch könne in diesen Fällen ein Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände in Betracht kommen.
Dies ist aber ein Problem der Rückwirkung der neuen Entscheidung. Sicherlich werden die Beteiligten die gerichtliche Verfügung nach gewisser Zeit nicht rückwirkend beseitigen können. Ähnlich wie bei der Änderungsverfügung könnten sie aber für die Zukunft solches erreichen.

105) Vgl. Bassenge, JR 1974, 142 (143): "immerwährende Rechtshängigkeit".

106) Bassenge, a.a.O., S. 144.

Sonderfall der Aufhebung zwanglos zu erklären unter Beachtung der Dispositionsbefugnisse der Beteiligten. Entgegen der Mindermeinung würde auch kein neues Verfahren nötig sein, da die Beteiligten das alte Verfahren fortsetzen können.

Soweit die Erledigungserklärung einseitig bleibt, kann dies wiederum als Antrag an das Gericht angesehen werden, die Erledigung festzustellen bzw. die Verfügung aufzuheben.

Bassenge[107] sieht die Rechtshängigkeit durch den Erlaß der Entscheidung zeitlich begrenzt, weil es insbesondere bei Antragsablehnung, keine "immerwährende Rechtshängigkeit" geben könne. Die Entscheidung wird mit Bekanntmachung bzw. Zustellung (§ 16 II, III FGG) wirksam; erst wenn die auflösend bedingt beendete Rechtshängigkeit durch die Einlegung des Rechtsmittels wieder hergestellt werde, könnten wieder Parteihandlungen wirksam werden. Bassenge, der die Parteihandlung hier nur für die Antragsrücknahme prüft, meint, daß die gerichtliche Entscheidung und ihre durch die Bekanntmachung eingetretenen Wirkungen nicht durch eine Beteiligtenhandlung, sondern nur durch eine gerichtliche Entscheidung wieder beseitigt werden könnten[108], da es an einer dem Zivilprozeß entsprechenden Verfahrenslage fehle. Er verweist darauf, daß die materiell- und verfahrensrechtlichen Wirkungen gem. § 16 FGG sofort eintreten, die die Entscheidung nach ihrem Inhalt herbeizuführen bestimmt und geeignet ist. Unstreitig kann jedoch gem. § 269 ZPO die Klage bis zur Rechtskraft zurückgenommen werden, auch noch nach Erlaß der Entscheidung. Diese Entscheidung ist wirksam, wenn auch anfechtbar. Sie wird für vorläufig vollstreckbar (§ 708 ff. ZPO) erklärt, so daß sie Wirkungen zeigt. Die Parteien können unstreitig ein solch wirksames, erlassenes Urteil durch gemeinsame Parteihandlung beseitigen[109].

---

107) Bassenge, JR 1974, 142 (143).
108) Bassenge, a.a.O.
109) So auch KG, NJW 1971, 2270 (2272).

Nichts anderes gilt in der FG: Ein Antragsteller kann das Verfahren durch Erklärung wieder rechtshängig werden lassen[110], nämlich durch Abgabe der Erledigungserklärung. Auch hier gilt, daß die Antragsrücknahme, die Rückwirkungen zeigen muß, ungeeignet ist, da die Verfügung für die Vergangenheit berechtigt war. Im übrigen bietet die Erledigungserklärung den Vorteil, daß die Beteiligten den Zeitpunkt des Unwirksamwerdens der Verfügung bestimmen können, während die Antragsrücknahme, auch ohne Rückwirkung, nur ab Rücknahme gelten kann.

c) Schutz der anderen Beteiligten erlaubt keine Antragsrücknahme

Soweit man die Antragsrücknahme nur mit Zustimmung der anderen Beteiligten zuläßt[111], kommt man bei diesen Verfahren nicht in die Schwierigkeit, daß der Antragsteller einseitig zulasten anderer Beteiligter durch die Antragsrücknahme bewirkt, daß die Entscheidung auch nach langer Zeit unwirksam wird. Da die herrschende Meinung auf die Zustimmung analog § 269 I ZPO verzichtet, muß sie, um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, auf das Institut der Verwirkung des Beschwerderechts zurückgreifen[112]. Die Verwirkung ist jedoch ein sehr unsicheres Institut, weil nicht eindeutig und für alle Fälle feststeht, wann Verwirkung eintritt und insofern möglichst wenig davon Gebrauch gemacht werden sollte.

Es würde sich in den Fällen, deren Entscheidungen keine Rechtskraft erlangen, sogar empfehlen, nur die Erledigungserklärung zuzulassen, nicht jedoch die Antragsrücknahme: Die Entscheidung war früher berechtigt, und es ist ein Ereignis eingetreten, das nicht in der Sphäre des Antragstellers

---

110) Ob dies durch Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen muß, wie die herrschende Meinung annimmt, ist zweifelhaft, vgl. S. 222 ff.
111) S.o., S. 16.
112) Bassenge, JR 1974, 142 (144).

liegt. Die anderen Beteiligten haben sich auf die Entscheidung eingerichtet, sie sind in ihrer Rechtsstellung betroffen, müßten also angehört werden. Wegen des Schutzes ihrer Rechte und Interessen kann die Entscheidung erst unwirksam werden, nachdem sie ihre Zustimmung gegeben haben. Die Interessen der anderen Beteiligten sind gewahrt, wenn sie selbst Erledigungserklärungen abgeben; es bedarf keiner neuen Gerichtsverhandlung, die nur in der nächsten Instanz stattfinden könnte.

d) Keine Rückwirkung

Im Gegensatz zur Antragsrücknahme wirkt die Erledigungserklärung nicht zurück, so daß der Beschluß des Gerichts für die Vergangenheit, in der er berechtigt war, wirksam bleibt. Zwar ist in der Zivilprozeß-Literatur die Ansicht herrschend[113], daß die (noch) nicht rechtskräftigen Entscheidungen kraft Gesetzes wirkungslos werden; rechtskräftige bleiben bestehen. Dies ergebe sich aus der Analogie zur Klagerücknahme (§ 269 III S. 1 ZPO).

Dieser Ansicht, die im übrigen nicht näher begründet wird, ist jedoch entgegenzuhalten, daß Klagerücknahme und Erledigungserklärung rechtlich nicht gleichbedeutend sind und daher eine Analogie nicht möglich ist. Der Kläger, der seine Klage zurücknimmt, verzichtet damit bedingungslos auf die prozessuale Durchsetzung seines Anspruchs mit der Folge, daß eine gerichtliche Entscheidung nicht mehr ergehen kann. Die gesetzliche Fiktion, daß die durch die Klageerhebung ausgelösten prozessualen Rechtswirkungen als nicht eingetreten gelten, ist die logische Folge dieses Verzichts. Im Gegensatz dazu verzichtet der Kläger, der die Hauptsache für erledigt erklärt, nicht schlechthin auf die prozessuale Durchsetzung seines Anspruchs. Er ändert lediglich wegen eines nach der

---

113) Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 21; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 C; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 5 a ee.

Klageerhebung eingetretenen, den Klageanspruch berührenden Ereignisses sein prozessuales Verlangen. Seine Erledigungserklärung läßt die durch die Klageerhebung ausgelösten prozessualen Wirkungen, soweit sie in der Vergangenheit liegen, unberührt[114]. Da somit trotz Erledigung der Hauptsache die Rechtshängigkeit des Anspruchs bis zur Erledigungserklärung bestehen bleibt, behält eine frühere, während der Rechtshängigkeit ergangene richterliche Entscheidung ebenfalls ihre Wirksamkeit für die Zeit bis zur Erledigungserklärung[115].

Damit entspricht die Erledigungserklärung den allgemeinen Anforderungen wie sie auch für Änderungsentscheidungen gestellt werden[116]. Die Regelung des § 32 FGG beruhe auf der Wertentscheidung, daß das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf den Bestand der gerichtlichen Entscheidung schutzwürdig sei. Dieser Grundgedanke beanspruche allgemeine Geltung[117].

e) Verfügungen, die mit sofortiger Beschwerde angreifbar sind

Verfügungen, die mit der sofortigen Beschwerde angreifbar sind, werden erst rechtskräftig, wenn sie dem letzten Beteiligten zugestellt sind und die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist[118]. In der Zwischenzeit können die Beteiligten die Wirksamkeit der noch nicht rechtskräftigen Entscheidung beseitigen, indem sie übereinstimmende Erledigungserklärungen abgeben. Sie sind dazu aufgrund ihrer Dispositionsmacht befugt, die erst mit formeller Rechtskraft der Entscheidung erlischt. Falls sich in der Zwischenzeit derartige Veränderungen ergeben haben, so daß die gerichtliche Verfügung unnötig ist, kann durch Beteiligtenhandlung die erlassene Entscheidung unwirksam werden. Dies folgt schon daraus, daß

---

114) OLG Nürnberg, NJW 1967, 205 (206).
115) OLG Nürnberg, a.a.O.; so auch Lüke, Festschrift, S. 325: Keine Analogie gem. § 269 III ZPO bezügl. der nicht rechtskräftigen Urteile.
116) Vgl. Bärmann, § 21 II 5; Baur, § 24 B V; Keidel-Kuntze-Winkler, § 18 Rdnr. 40: keine rückwirkende Kraft.
117) Bärmann, a.a.O.; Habscheid, § 27 IV 2.
118) Baur-Wolf, Kap. 4 II 3 b.

in den Antragsverfahren den Beteiligten der staatliche Schutz nicht aufgedrängt werden darf, sie mithin auch die Freiheit haben müssen, eine ungewollte gerichtliche Entscheidung gemeinsam zu ignorieren. Sie können dann in dem ungeregelten Zustand weiterleben, ohne daß der Staat oder das Gericht zum Eingreifen befugt wäre[119].

Im übrigen dürfte das Gericht gem. § 18 II FGG seine Verfügung nicht ändern und damit nicht aufheben, wenn sie der sofortigen Beschwerde unterliegt[120]. Somit wäre ansonsten eine Aufhebung nur in zweiter Instanz möglich.

IV. Anwendung auf die Beispielsfälle (S. 24 ff.)

Angewendet auf die Beispielsfälle der Antrags- und Streitverfahren lassen sich aufgrund der gefundenen Lösung folgende Ergebnisse darstellen:

Tritt im Feststellungsverfahren zur Hoferbfolge ein erledigendes Ereignis ein (z.B. der Hof verliert seine Hofeigenschaft gem. § 1 III HöfeO), so können die streitenden Beteiligten, von denen jeder für sich in Anspruch nahm, Hoferbe geworden zu sein, vom Gericht eine Kostenentscheidung verlangen, die am vermutlichen Ausgang des Prozesses orientiert ist, unter Berücksichtigung von Gesichtspunkten der Billigkeit. Die streitenden Hoferben könnten kein neues Feststellungsverfahren durchführen, weil zwischen ihnen auf das Antragsrecht verzichtet worden ist, so daß die Sache nicht erneut aufgerollt werden kann.
Auch im Erbscheinsverfahren können, wenn zwischen den Erben Streit bestand, die Kosten nach dem voraussichtlichen Verfahrensausgang verteilt werden, wenn z.B. ein neues Testament aufgefunden wird. Die Erben können auch nach Ausstellung des

---

119) So können z.B. die Ehegatten eine Entscheidung gem. § 1357 BGB unbeachtet lassen, wenn sie sich einig sind. Öffentliche Interessen an der Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidung sind bei Übereinkunft der Beteiligten nicht gegeben.
120) Vgl. LG Mannheim, MDR 1960, 505.

Erbscheines diesen kraftlos werden lassen, so daß sie z.B. die angeordnete Teilung der Erbengemeinschaft nicht durchzuführen brauchen.

Soweit im Fall der unberechtigten Nutzung durch einen Wohnungseigentümer ein erledigendes Ereignis eintritt (z.B. der Wohnungseigentümer verzichtet auf die beanspruchte Nutzung als Gewerberaum), führt dies zu einer entsprechenden Kostenpflicht dieses Wohnungseigentümers. Durch die Abgabe übereinstimmender Erledigungserklärungen kann es nicht zu einem neuen Streit über die beanspruchte Nutzung kommen, was für die Beteiligten eine gewisse Sicherheit bedeutet. Falls alle Beteiligten nachträglich sich einigen, kann die vom Antragsgegner beabsichtigte Nutzung doch noch verbindlich werden unter Wahrung der Belange der anderen Beteiligten, da die Entscheidung abänderbar ist (§ 45 IV WEG).

§ 5 DIE EINSEITIGE ERLEDIGUNGSERKLÄRUNG

I. Sinn und Zweck einer einseitigen Erledigungserklärung im FG-Verfahren

1. Stellung von Literatur und Rechtsprechung

Sofern in Rechtsprechung und Literatur überhaupt von einer einseitigen Erledigungserklärung in Antragsverfahren durch den Antragsteller gesprochen wird, wird dies meist nur mit einem Satz abgetan: Grunsky[1] stellt lediglich fest, nachdem er wegen der Dispositionsmaxime die Bindung des Gerichts an eine übereinstimmende Erledigungserklärung der Beteiligten hergeleitet hat, daß bei einseitiger Erledigungserklärung das Gericht zu prüfen habe, ob sich die Hauptsache erledigt habe. Bejahe es diese Frage, so habe es die Erledigung festzustellen. Grunsky geht damit von einer Parallele zum Zivilprozeß aus. Noch ungenauer formuliert Bassenge[2]: Ein Antragsverfahren (ohne Streitverfahren) ende, wenn der Antragsteller die Erledigung erkläre, ein weiterverfolgter Antrag sei unter Feststellung der Erledigung in den Gründen zurückzuweisen. Bassenge setzt damit die Erledigungserklärung einer Antragsrücknahme gleich und vertritt im übrigen die schon widerlegte Meinung, daß das Gericht an den Antrag der Beteiligten nicht gebunden sei. Bärmann, der im übrigen darauf hingewiesen hat, daß die Dispositionsbefugnis der Beteiligten auch die Bindung an die übereinstimmende Erledigungserklärung für das Gericht[3] bedinge, erwähnt, daß es für die echten Streitsachen "außerdem noch" die Möglichkeit gebe, daß der Antragsteller einseitig die Hauptsache für erledigt erkläre[4]; dies folge aus der Gegnerstellung der Beteiligten, so daß die Parallele zum Zivilprozeß möglich

---

1) Grunsky, Verfahrensrecht, § 12 IV.
2) Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 4 b aa.
3) Bärmann, § 18 IV 3 a.
4) Bärmann, § 18 IV 3 b; vgl. auch OLG Bamberg, FamRZ 1982, 398.

sei. Nach OLG Bamberg[5] soll in echten Streitverfahren auf die Erledigungserklärung des Antragstellers eine Feststellung der Erledigung der Hauptsache als Sachentscheidung möglich sein mit Kostenregelung nach § 13 a I FGG. Zumindest für echte Streitsachen wird also z.T. die einseitige Erledigungserklärung anerkannt. Alle anderen Stimmen begnügen sich damit festzustellen, daß die Erledigung von Amts wegen zu beachten sei und unter den Voraussetzungen des § 13 a FGG nur noch über die Kosten zu entscheiden sei[6]. Beharre der Antragsteller weiterhin auf seinem Antrag, so sei dieser zurückzuweisen[7] unter Feststellung der Erledigung in den Gründen[8]. Dies beruht aber auf der schon erörterten Ungenauigkeit, daß nicht unterschieden wird zwischen der Inquisitionsmaxime, die dem Gericht die Tatsachenbeschaffung auferlegt, und der Dispositionsmaxime, wonach der Antragsteller Verfahrensbeginn, Verfahrensende und Verfahrensgegenstand bestimmt[9]. Man könnte daher aus dem Schweigen der herrschenden Meinung schließen, daß es in den Antragsverfahren, ggf. mit Ausnahme der Streitverfahren, keine einseitige Erledigungserklärung gibt.

2. Notwendigkeit der einseitigen Erledigungserklärung im Zivilprozeß

Das Institut der einseitigen Erledigungserklärung gehört zu den umstrittensten Fragen des Zivilprozesses. Die einseitige Erledigungserklärung ist gesetzlich nicht geregelt.

a) Dennoch ist es einhellige Meinung, daß es dem Kläger im Zivilprozeß möglich sein muß, von der Klage kostenneutral entgegen § 269 III ZPO wieder loszukommen, so daß es der einseitigen Erledigungserklärung bedürfe. Lediglich Gruns-

---

5) OLG Bamberg, FamRZ 1982, 398.
6) Habscheid, § 22 II 5 b bb; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 44.
7) Jansen, § 19 Rdnr. 36; Bumiller-Winkler, § 12 Anm. 3 b; KG, OLGZ 1973, 143 (146).
8) Anderer Ansicht: OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 434 (436).
9) Siehe S. 46 ff.

ky[10] behauptet, der Kläger könne seine Klage zurücknehmen, in umgekehrter Analogie (Klageverzicht) könne dann § 93 ZPO zugunsten des Klägers angenommen werden[11]. Bloße Billigkeitsgrundsätze gem. § 91 a ZPO reichen hier nicht aus, da der Rechtsstreit noch nicht erledigt ist (nur die Hauptsache), im Gegensatz zur übereinstimmenden Erledigungserklärung, bei der die Prozeßökonomie Billigkeitserwägungen rechtfertigt, da nur noch über die Kosten gestritten wird[12].

b) Aber nicht allein das Kostenargument spricht für das Erfordernis der einseitigen Erledigungserklärung im Zivilprozeß. Nur so kann die Rechtshängigkeit des Prozesses interessengerecht beendet werden[13]: Der Klageantrag kann nicht mehr entschieden werden, da er unzulässig oder unbegründet geworden ist. Eine Klagerücknahme kommt wegen der ungünstigen Kostenfolge nicht in Betracht. Entweder kann der Kläger nunmehr durch Bewirkungshandlung in Form einer "privilegierten Klagerücknahme" den Prozeß allein beenden[14] oder das Gericht beendet auf Antrag (Erwirkungshandlung) den Prozeß, indem es feststellt, daß die Klage bis zur Erledigung zulässig und begründet war[15]. Jedenfalls muß in beiden Fällen der Kläger eine Prozeßhandlung vornehmen, um den Prozeß und seine Rechtshängigkeit zu beenden. Wegen der Dispositionsmaxime darf das Gericht nicht von sich aus ohne Parteierklärung den Prozeß beenden. Der Beklagte seinerseits muß nicht zustimmen, da er stets ein schutzwürdiges Interesse

---

10) Grunsky, § 12 III 1, der sie wegen der "so gut wie unangefochtenen Gegenmeinung" dann schließlich als gewohnheitsrechtlich anerkanntes Institut des Prozeßrechts behandelt.
11) Dieser Meinung wird zu Recht entgegengehalten, daß der Beklagte den Antrag auf Verzichtsurteil nicht stellen muß; entscheidend ist immer nur der klägerische Antrag, der den Streitgegenstand bestimmt. Häufig ist der Beklagte an einem streitmäßigen Urteil interessiert, vgl. Lüke, Festschrift, S. 328.
12) Ansorge, S. 65.
13) Lüke, a.a.O., S. 330.
14) Blomeyer, JuS 1962, 212 (213).
15) Klageänderungstheorie, vgl. Lüke, a.a.O., S. 330.

an einer Sachentscheidung hat, ohne daß der Nachweis eines solchen Interesses erforderlich wäre. Dies ergibt sich aus dem Anspruch des Beklagten auf passiven Rechtsschutz[16].

c) Schließlich kann auch das Interesse des Klägers an der Feststellung der Erledigung der Hauptsache für die Notwendigkeit einer einseitigen Erledigungserklärung herangezogen werden. Wenn der Beklagte den Eintritt der Erledigung bestreitet, besteht für den Kläger eine Ungewißheit, so daß er sich in seiner Rechtsstellung gefährdet sieht und sein Verlangen nach alsbaldiger Klarstellung berechtigt erscheint[17]. Durch die Weigerung, die Erledigungserklärung abzugeben, und den Klageabweisungsantrag beantragt der Beklagte weiterhin eine Sachentscheidung. Diesem muß der Kläger entgegentreten und durch seine einseitige Erledigungserklärung eine gerichtliche Entscheidung erstreben, die die Erledigung feststellt. Der Kläger muß sich gegen die Behauptung des Beklagten, zu Unrecht in Anspruch genommen worden zu sein, durch Feststellungsantrag wehren dürfen[18].

3. Berechtigung der einseitigen Erledigungserklärung in der FG

Auch in der FG ist eine Erledigungserklärung des Antragstellers nicht geregelt. Fraglich ist, ob die Antragsrücknahme allein ausreicht, wenn die Hauptsache erledigt ist, oder ob ein Bedürfnis für eine analoge Anwendung und Anerkennung der einseitigen Erledigungserklärung in der FG besteht.

---

16) Herrschende Meinung: BGHZ 37, 137 (142); BGH, NJW 1969, 237 m.w.N., mit zustimmender Anmerkung von Deubner, NJW 1969, 796; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 C; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 50 m.w.N.; Ansorge, S. 51. Anderer Ansicht: Johannsen, LM § 256 ZPO Nr. 74; OLG Düsseldorf, MDR 1962, 137; OLG München, MDR 1957, 298 (299); OLG Oldenburg, MDR 1963, 225. Im Verwaltungsprozeß wird allgemein ein besonderes Feststellungsinteresse verlangt; vgl. Maetzel, DÖV 1971, 613; Grunsky, § 12 III 3 m.w.N.

17) Habscheid, Festschrift, S. 167; Ansorge, S. 168 m.w.N.; OLG Saarbrücken, NJW 1967, 2212 (2213); OLG Düsseldorf, NJW 1966, 507 (508).

18) Ansorge, S. 170.

In Verfahren mit nur einem Beteiligten wird man dieses Interesse verneinen können. Hier kann der Antragsteller seinen Antrag zurücknehmen, wenn eine Erledigung eingetreten ist. Für die Kosten spielt die Erledigung keine Rolle, da er einziger Kostenpflichtiger ist. Da es keine anderen Beteiligten mit evtl. Gegenrechten gibt, die mit dem Antragsteller darüber streiten könnten, ob und wann eine Erledigung eingetreten ist und ob noch eine Regelung nötig ist, entfällt auch insofern das Bedürfnis für die Annahme einer einseitigen Erledigungserkärung.

a) Kosten

In Verfahren mit mehreren Beteiligten kann zum einen das Kostenargument angeführt werden. Auch hier ist der Antragsteller kostenpflichtig, wenn er den Antrag zurücknimmt. Da der Verfahrensgegenstand durch die Antragsrücknahme dem Gericht entzogen ist, erfolgt keine sachliche Prüfung gem. § 13 a FGG[19]. Erklärt der Antragsteller für erledigt, so bleibt das Verfahren anhängig. Der gesamte Verfahrensstoff steht dem Gericht zur Prüfung zur Verfügung, ob gem. § 13 a I 1 FGG die Kosten anders zu verteilen sind, wenn etwa der andere Beteiligte die Gegenstandslosigkeit des Antrages herbeigeführt hat.

b) Feststellungsmöglichkeiten

aa) Für den Antragsteller

Die bislang einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers stellt nach den bisherigen Erörterungen ein Angebot an die übrigen Beteiligten dar, ebenfalls der Beendigung zuzustimmen und sich aus dem Verfahren zu lösen, falls auch sie kein Interesse mehr an dem Verfahren haben. Der Antragsteller kann also die anderen Beteiligten durch seine Erledigungserklärung dazu veranlassen, ihrerseits eine Erledigungserklärung

19) S.o., S. 19 ff.

abzugeben. Diese Möglichkeit ist für den Antragsteller immer dann interessant, wenn Ungewißheiten über die tatsächliche Erledigung bestehen. Wenn zugestimmt wird, hat der Antragsteller die Sicherheit, daß es nicht erneut zu einem Verfahren kommen wird, in dem die anderen Beteiligten als Antragsteller auftreten, wie es bei der einfachen Antragsrücknahme der Fall wäre.

Stimmen die anderen Beteiligten nicht zu, erklären also nicht für erledigt, so erhält wiederum der Antragsteller eine gerichtliche Entscheidung darüber, ob tatsächlich die Hauptsache erledigt ist. In beiden Fällen wird evtl. Streit über das Erledigungsereignis vorgebeugt.

bb) Für andere Beteiligte

Während im Zivilprozeß nach allgemeiner Meinung[20] der Beklagte nicht einseitig für erledigt erklären kann, weil er kein Rechtsschutzbedürfnis dafür habe, wird man diese Frage in der FG anders beantworten müssen. Im Zivilprozeß ist der Beklagtenantrag die bloße Negation des Klageantrages. Nach Habscheid[21] gibt die ZPO dem Beklagten lediglich die Möglichkeit, Klageabweisung (ganz oder teilweise) zu beantragen. Darüber hinausgehende Interessen habe der Beklagte nicht. Er habe nur seine Belange zu wahren, unabhängig davon, ob evtl. der Kläger ein Interesse an der Abweisung des Beklagtenantrages auf Erledigung habe[22]. Durch ein klageabweisendes Urteil werde seinen Belangen Genüge getan; ein Erledigungsurteil könnte ihm nicht mehr gewähren[23].

In den Antragsverfahren der FG erschöpft sich das Interesse der anderen Beteiligten aber nicht in einer Negation. Soweit das Gericht regelnd entscheidet, können die anderen Beteiligten andere Vorstellungen über den Regelungsinhalt als der

---

20) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 E; Grunsky, § 12 III 4 m.w.N.; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 50; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 8; Habscheid, JZ 1963, 624 (624); anderer Ansicht: Göppinger, S. 78.
21) Habscheid, JZ 1963, 624 (624).
22) Gegenmeinung: Schwab, ZZP 72, 127 (128).
23) Grunsky, § 12 III 4.

Antragsteller haben, die sie dann auch versuchen durchzusetzen, sei es als Sachantrag oder wenigstens als Anregung. Es kann reiner Zufall sein, welcher Beteiligte den Verfahrensantrag zur Einleitung des Verfahrens gestellt hat. Ebenso hätte ein anderer Beteiligter mit anderen Interessen, die über die bloße Abwehr des Antrages hinausgehen, den Verfahrensantrag stellen können. Auch dem anderen Beteiligten müßte es somit möglich sein, eine feststellende Entscheidung über die Erledigung zu erhalten.

cc) Feststellungsinteresse gegenüber dem Gericht

Wenn sich das FG-Verfahren in der Hauptsache erledigt, wird nach herrschender Meinung[24] das Feststellungsinteresse der Beteiligten verneint. Entschieden wurde dies insbesondere in Unterbringungsverfahren und Verfahren zur elterlichen Sorge. Maßgeblich sei der Zeitpunkt der Beschlußfassung. Zu dieser Zeit müßte das Rechtsschutzbedürfnis (in den entschiedenen Fällen der Beschwerdegerichte die Beschwerdebefugnis) bestehen. So sei z.B. eine Unterbringungsanordnung auf eine eingelegte sofortige Beschwerde aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht mehr vorliegen. Für eine Prüfung, ob sie auch im Zeitpunkt des Erlasses der Unterbringungsanordnung vorgelegen haben, sei kein Raum[25]. Es sei grundsätzlich nicht Sache des Richters der FG, zu Rechtsfragen Stellung zu nehmen, wenn sie nicht zur Entscheidung des betreffenden Falles notwendig seien[26].

Dies gelte auch dann, wenn andere Verfahren zu erwarten seien, in denen diese Rechtsfragen bedeutsam sein könnten[27][28]. Eine analoge Anwendung der §§ 113 I S. 4 VwGO,

---

24) OLG Köln, FamRZ 1971, 190 ff; BayObLGZ 1971, 182 ff; KG, FamRZ 1977, 562 f; OLG Saarbrücken, FamRZ 1985, 89 f; anderer Ansicht: BVerwG, NJW 1957, 922.
25) OLG Celle, NdsRpfl. 1965, 155 (156).
26) BayObLGZ 1971, 182 (186); OLG Köln, FamRZ 1971, 190 (191); BayObLG, ZZP 91, 458.
27) Z.B. Leumund, Wiederholungsgefahr, Schadensersatzansprüche, geminderte Erwerbsaussichten.
28) BayObLG, a.a.O.

131 I S. 2 SozGG, wonach im verwaltungs- bzw. sozialgerichtlichen Verfahren der Kläger im Falle der Erledigung des Verfahrensgegenstandes zur Feststellungsklage übergehen kann, wird ausdrücklich abgelehnt[29]. Nach § 20 FGG sei zur Beschwerdeberechtigung nur die Beeinträchtigung eines Rechts notwendig, nicht aber eines wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses[30]. Im übrigen werde ansonsten (bei Beschwerdeentscheidungen) der Verfahrensgegenstand im Rechtsmittelzug durch einen anderen ersetzt[31].

Nach einer früher vom Bundesverwaltungsgericht[32] vertretenen Ansicht würde es nicht der Bedeutung des Art. 104 GG entsprechen, den Rechtsschutz allein mit der Wiedergewährung der Freiheit in den Unterbringungsverfahren entfallen zu lassen. Für die Zwangsverwahrung ergebe sich dies schon daraus, daß derartige Personen mit Wiederholungen der getroffenen Maßnahmen rechnen müßten.

Bemerkenswert ist bei allen Entscheidungen, daß sie ausschließlich Amtsverfahren betreffen[33]. Es war also die Pflicht des Gerichts, von selbst einzuschreiten und tätig zu werden, es ging allein um das Wohl des Betroffenen. Mit der Erreichung des Zwecks hat das Verfahren in der Tat seine Erledigung gefunden, in dem das öffentliche Interesse das private überlagert hat, weil es ein Amtsverfahren war. Man wird daraus schließen müssen, daß in Amtsverfahren kein Feststellungsinteresse gegenüber dem Staat besteht. Die staatliche Maßnahme hat sich erledigt, andere Interessen, die privater Natur sind, müssen gegebenenfalls in weiteren Verfahren geltend gemacht werden. In Antragsverfahren stehen dagegen private Interessen im Vordergrund, die gegenüber den anderen Beteiligten durchgesetzt werden sollen. Der Staat soll lediglich helfend eingreifen, wenn die Beteiligten die

---

29) OLG Köln, FamRZ 1971, 190 (191); OLG Frankfurt, NJW 1969, 561 (562).
30) OLG Frankfurt, NJW 1969, 561/562.
31) OLG Köln, a.a.O.
32) BVerwG, NJW 1957, 922; so heute wieder Hager, ZZP 94, 407 (411).
33) Vgl. den Ausblick OLG Köln, FamRZ 1971, 190 (191).

Angelegenheit nicht selbst regeln können. Dies kann kein Feststellungsinteresse gegenüber dem Gericht bedingen.

dd) Feststellungsinteresse gegenüber anderen Beteiligten

In Antrags- und Streitverfahren geht es um private Interessen, die bei mehreren Beteiligten auch gegeneinander durchgesetzt werden können, wenn auch in Antragsverfahren keine Ansprüche im zivilprozessualen Sinne bestehen.

So hat die Rechtsprechung in streitentscheidenden Verfahren wie §§ 1357, 1402 BGB ein Feststellungsinteresse durchaus bejaht[34]. Dieses Feststellungsinteresse richtet sich aber ausschließlich gegen den anderen Beteiligten, nicht aber gegen das Gericht[35].

Man wird aber ein solches Feststellungsinteresse nicht nur auf Streitverfahren beschränken können. Auch in anderen Antragsverfahren können erhebliche Interessengegensätze vorhanden sein, wenn sie auch nicht begriffsnotwendig sind[36]. Außerdem bietet die Erledigungserklärung dem Antragsteller die Möglichkeit, das Verfahren "ohne Niederlage" zu beenden, das zu seinen Gunsten ausgegangen wäre, wenn nicht das Erledigungsereignis, auf das er häufig keinen Einfluß ausüben kann, dazwischengetreten wäre[37].

Zum anderen ist bei Antragssachen der (zufällige) Antragsteller nicht allein antragsberechtigt. Auch ein anderer Beteiligter könnte den Verfahrensantrag stellen und somit ein

---

34) Vgl. KG, OLGE 30, 39 f; BayObLG, NJW 1953, 144.
35) KG, OLGE 30, 39 (40): rechtliches Interesse wegen der erheblichen Benachteiligung des Ansehens und persönlicher Kreditfähigkeit, Wiederaufleben bei erneutem Zusammenziehen usw.; BayObLG, NJW 1953, 144: Vorwurf der grundlosen Verweigerung der Zustimmung durch gerichtliche Ersetzung der Zustimmung.
36) Z.B. Erbscheinsverfahren mit streitenden Erben.
37) Auf diesen Gesichtspunkt weisen z.B. Grunsky, SAE 1971, 24 (26) und Lepke, DB 1975, 1938 und 1988 (1990) für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren hin, in dem wegen § 12 V ArbGG ein Bedürfnis zur Feststellung allein wegen der Kosten nicht besteht.

erneutes Verfahren über denselben Verfahrensgegenstand in Gang bringen. Dann kann für den Antragsteller ein Interesse bestehen, die wahre Rechtslage durch das Gericht auch mit Wirkung gegenüber den anderen Beteiligten feststellen zu lassen.

II. Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozeß

1. Streitstand

Das Institut der einseitigen Erledigungserklärung ist im Zivilprozeß umstritten; es herrscht keine Einigkeit über Voraussetzungen und Wirkungen. In allen zur einseitigen Erledigungserklärung vertretenen Theorien werden grundlegende Fragen von den Autoren unterschiedlich beantwortet[38]. Die einzelnen theoretischen Streitfragen zur einseitigen Erledigungserklärung dürfen jedoch nicht überschätzt werden. Bei einseitiger Erledigungserklärung muß eine gerichtliche Entscheidung in jedem Fall herbeigeführt werden, ob diese nun gestaltend, feststellend oder nur deklaratorisch ist, ob es ein Sachurteil oder ein Prozeßurteil ist. Auch im Rahmen der Kostenentscheidung wird bei § 91 a ZPO das Unterliegen einer Partei entsprechend § 91 ZPO ohne das Erledigungsereignis zu berücksichtigen sein. Wirklich entscheidend ist lediglich die Frage, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang dem Erledigungsurteil eine materielle Rechtskraftwirkung zukommt.

Daraus folgt, daß der Theorienstreit für die FG nicht die Bedeutung wie im Zivilprozeß hat. Ob eine feststellende Entscheidung zur Erledigung der Hauptsache in materielle Rechtskraft erwächst, richtet sich zunächst nach der Frage, ob Entscheidungen in der FG überhaupt in materielle Rechtskraft erwachsen. Die materielle Rechskraft einer Entscheidung

---

38) Vgl. die Darstellung bei Grunsky, § 12 III 2: z.B. ursprüngliche Zulässigkeit bzw. Begründetheit; Erwirkungs- oder Bewirkungshandlung; Kosten nach § 91 oder § 91 a ZPO.

aufgrund einseitiger Erledigungserklärung wird also überlagert vom allgemeinen Problem der Rechtskraft in der FG.

2. Die wesentlichen Theorien des Zivilprozesses

Dennoch ist es nötig, zunächst die Hauptrichtungen der Lehren zur einseitigen Erledigungserklärung darzustellen, um die theoretische Grundlage zur Prüfung der Übertragbarkeit auf die FG zu haben. Dabei fragt sich, ob die einzelnen Theorien den Besonderheiten der FG gerecht werden können.

a) Klageänderungstheorie

Die heute herrschende Meinung[39] vertritt die Theorie der Klageänderung. Es soll danach nicht nur das Ende der Rechtshängigkeit herbeigeführt werden, sondern der Feststellungsantrag an das Gericht bezweckt eine Entscheidung über einen prozessualen Anspruch[40]. Die einseitige Erledigungserklärung allein könne die Rechtshängigkeit nicht beenden; eine solche Wirkung hätten nur übereinstimmende Erledigungserklärungen[41]. Wenn der Beklagte nicht zustimme, könne daher der Prozeß nur dadurch beendet werden, daß das Gericht die Erledigung der Hauptsache feststelle. Zwar enthalte die ZPO gerade keine Vorschrift, die an die gerichtliche Feststellung der Erledigung der Hauptsache die Beendigung der Rechtshängigkeit knüpfe, sie kenne aber die Rechtsfigur der Erledigung der Hauptsache, und zwar nicht nur in § 91 a ZPO, sondern auch in § 628 ZPO. In beiden Normen ergebe sich aus dem Sinn der Regelung, daß bei Erledigung der Hauptsache der Rechtsstreit beendet, die Rechtshängigkeit also erloschen

---

39) BGHZ 83, 12 (13); OLG Saarbrücken, NJW 1967, 2212 f; OLG Zweibrücken, NJW 1968, 110 (110); OLG München, NJW 1975, 2021; LG Essen, NJW 1972, 294 (294); LG Nürnberg-Fürth, NJW 1981, 2586 f; Lüke, Festschrift, S. 329 ff; Habscheid, Festschrift, S. 167; Habscheid, JZ 1963, 625; Schumann, JuS 1966, 26 (27); Mössner, NJW 1970, 175; Ostendorf, DRiZ 1973, 387; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 35, Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 7; Göppinger, S. 75.

40) Habscheid, JZ 1963, 624 (625); Mössner, a.a.O., S. 176.

41) Lüke, Festschrift, S. 329.

sei, da diese Vorschriften eingefügt worden seien, um zu vermeiden, einen nunmehr unnötig gewordenen Prozeß weiterzuführen und zu entscheiden[42].

Andere Möglichkeiten der interessengerechten Beendigung der Rechtshängigkeit gebe es nicht. Nach Eintritt eines Erledigungsereignisses käme es für den Kläger darauf an, einen prozessualen Weg zu finden, mit dem er erreichen könne, daß seine Klage dennoch nicht abgewiesen werde. Er begehre die Feststellung, daß seine Klage bis zum Eintritt des Erledigungsereignisses zulässig und begründet gewesen sei, sowie eine Verurteilung des Beklagten in die Kosten des Rechtsstreits. Demgegenüber sei der Beklagte nach wie vor der Meinung, daß die Klage von Anfang an unbegründet gewesen sei und sich deshalb durch das Ereignis an der Prozeßsituation nichts geändert habe[43].

Das positive Erledigungsurteil entscheide daher wegen dieser Interessenlage der Parteien über zwei Punkte:

- Der Anspruch war ursprünglich zulässig und begründet.
- Er ist jetzt (zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung) nicht mehr zulässig oder begründet[44].

Nur die einseitige Erledigungserklärung zwinge das Gericht zur Prüfung, ob die Hauptsache erledigt sei, ob also die zunächst zulässige und begründete Klage nachträglich gegenstandslos geworden sei. Dazu habe der Beklagte ein Recht auf ein Sachurteil[45]. Bei dieser Prüfung stelle das Gericht (nicht etwa gestaltend) verbindlich fest, was sich außerhalb des Prozesses vollzogen habe und ziehe daraus für den Prozeß die Konsequenz, nämlich die Beendigung der Rechtshängigkeit. Der darauf gerichtete Antrag des Klägers sei eine Erwirkungs-

---

42) Lüke, Festschrift, S. 329.
43) Lüke, a.a.O.; BGH, NJW 1986, 588 (589).
44) Habscheid, JZ 1963, 624 (625).
45) LG Nürnberg-Fürth, NJW 1981, 2586 (2587).

handlung, die zu einem gerichtlichen Sachurteil, einem Feststellungsurteil, führe[46].

Verfahrensrechtlich wird dieser Weg über die Grundsätze der Klageänderung erreicht. In dem Übergang vom ursprünglichen Klageantrag (z.B. Verurteilungsantrag) zum Erledigungsfeststellungsantrag sei eine Klageänderung zu sehen, die entweder gemäß entsprechender Anwendung des § 268 Nr. 2 ZPO[47] oder aus Gewohnheitsrecht[48] stets zulässig oder als sachdienlich[49] zuzulassen sei. Die Klageänderung bedeute eine Änderung des Streitgegenstandes, der alte Streitgegenstand sei in den neuen übergegangen[50]. Der alte Klageantrag könne als Eventualantrag[51] gestellt werden, für den Fall, daß das Gericht zu dem Ergebnis kommt, die Erledigung sei nicht eingetreten. Konsequenz dieser Ansicht kann nur sein, daß das Feststellungsurteil als Sachurteil in materielle Rechtskraft erwächst[52]. Rechtskräftig werde die Feststellung, daß die bis zum Eintritt der Erledigung zulässige und begründete Klage sich erledigt habe. Daher könne nach Eintritt der formellen Rechtskraft die ursprüngliche Klage nicht wiederholt werden[53].

---

46) Lüke, Festschrift, S. 330; Mössner, a.a.O., S. 176.
47) Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 7; Schumann, JuS 1966, 26 (27); Habscheid, Festschrift, S. 153 (167); anderer Ansicht: Ulmer, MDR 1963, 977: § 268 Nr. 3 ZPO; Göppinger, S. 36 ff: Nr. 2 und 3, evtl.analog.
48) Mössner, a.a.O., S. 176.
49) OLG Saarbrücken, NJW 1967, 2213; Lüke, Festschrift, S. 323 (332).
50) Lüke, Festschrift, S. 331; OLG Saarbrücken, a.a.O., S. 2213; anderer Ansicht: Mössner, a.a.O., S. 177; Habscheid, JZ 1963, 625: Der ursprüngliche Streitgegenstand über den Ausspruch, der Anspruch sei jetzt unzulässig oder unbegründet, bleibe erhalten, es trete nur eine zusätzliche Feststellung hinzu, nämlich, daß der Anspruch ursprünglich zulässig und begründet war, was Habscheid der Schwierigkeit enthebt, daß der Kläger mit seiner neuen Klage abgewiesen wird, wenn die Hauptsache tatsächlich nicht erledigt ist und der alte Klageantrag nicht mehr gestellt worden ist.
51) Auch durch richterlichen Hinweis gem. § 139 ZPO.
52) Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 46; Habscheid, JR 1963, 625; Lüke, Festschrift, S. 334; Ostendorf, a.a.O., S. 388.
53) Lüke, Festschrift, S. 334; Waack, S. 178.

b) Theorie der privilegierten Klagerücknahme

Die Klagerücknahmetheorie[54] geht von dem anderen Standpunkt aus, daß der Prozeß nach Erledigung der Hauptsache durch eine Parteihandlung beendet werden könne und es an sich keines konstitutiven gerichtlichen Urteils über die Hauptsache mehr bedürfe. Das vom Gesetz vorgesehene Mittel, vom Prozeß Abstand zu nehmen, sei die Klagerücknahme gem. § 269 ZPO.

Sollte die Klage von Anfang an unzulässig oder unbegründet gewesen sein, sei die Regelung des § 269 ZPO auch sachgerecht, denn der Beklagte bleibe zu Unrecht verklagt[55]. Werde jedoch eine ursprünglich zulässige und begründete Klage unzulässig oder unbegründet, passen die Konsequenzen des § 269 ZPO nicht: Die Kostenlast für den Kläger und das Zustimmungserfordernis des Beklagten, der darauf bestehen könnte, den Prozeß weiterzuführen, so daß die Klage abgewiesen werden müßte.

Die Klagerücknahmetheorie schließt diese Folgen aus[56], indem sie sich unter Berufung darauf, daß der § 269 ZPO nicht auf diese Zwecke zugeschnitten sei und auch keine andere Vorschrift eingreife, auf eine Gesetzeslücke zurückzieht. Diese sei insofern sachgerecht auszufüllen, als es dem Kläger gestattet sein müsse, den Prozeß ohne Sachentscheidung zu beenden[57]. Das habe dann die Konsequenz, daß die Erledigungserklärung des Klägers eine Bewirkungshandlung sei, die die Rechtshängigkeit wie die Klagerücknahme gem. § 269 ZPO unmittelbar beende[58]. Das Erledigungsurteil, ein Prozeßurteil, stelle nur noch die Folge der Erledigungserklärung fest, nämlich die Erledigung des Rechtsstreits in der

---

54) Blomeyer, § 64 I und JuS 1962, 212 (213); Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 39; Pohle, S. 452.
55) Blomeyer, JuS 1962, 212.
56) Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 39.
57) Blomeyer, JuS 1962, 212 (213).
58) Blomeyer, a.a.O., S. 213.

Hauptsache. Da es sich um ein Prozeßurteil ohne Sachentscheidung handele, könne die ursprüngliche Klage jederzeit neu erhoben werden, da das Urteil keinerlei Rechtskraft entfalten könne[39]. Der Streit, der durch den Widerspruch des Beklagten entstehe, beziehe sich nur auf die prozessuale Wirksamkeit der Erledigungserklärung[60].

c) Erledigungserklärung als eigenständiges Rechtsinstitut

Schwab[61] sieht in der einseitigen Erledigungserklärung eine eigenständige Institution des deutschen Zivilprozeßrechts. Diese Lösung geht davon aus, daß die Erledigungserklärung des Klägers eine Erwirkungshandlung ist, also ein Antrag an das Gericht, nicht aber eine Bewirkungshandlung, die die prozessuale Situation selbständig herbeiführt, ohne daß es einer gerichtlichen Handlung bedarf[62]. Eine Beendigung der Rechtshängigkeit komme im Gegensatz zur übereinstimmenden Erledigungserklärung gem. § 91 a ZPO nicht in Betracht, da der einseitige Antrag diese Rechtsbefugnis nicht haben könne[63]. Dies könne nur die (abzulehnende) Klagerücknahme. Vielmehr entstehe bei der einseitigen Erledigungserklärung zwischen den Parteien der Streit, ob die Hauptsache tatsächlich erledigt sei, also um die Begründetheit der Erledigungserklärung[64]. Der einseitige Antrag auf Feststellung der Erledigung enthalte keinen eigenen prozessualen Anspruch, sei kein Antrag in der Hauptsache. Er beziehe sich vielmehr auf den erhobenen prozessualen Anspruch und verlange eine gerichtliche Entscheidung besonderer Art[65].

---

59) Blomeyer, a.a.O., S. 214; anderer Ansicht: Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 45.
60) Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 39.
61) Schwab, ZZP 72, 127 ff und Rosenberg-Schwab, § 133 III 2 ff; ihm folgend Deubner, JuS 1962, 205 (209) und NJW 1968, 848 f.
62) Schwab, ZZP 72, 127 (133).
63) Schwab, a.a.O., S. 128/129.
64) Schwab, a.a.O., S. 133.
65) Schwab, a.a.O., S. 134.

Er leite einen besonderen Verfahrensabschnitt ein, der der Sachentscheidung über den erhobenen prozessualen Anspruch vorgeschaltet sei, ebenso wie es beim Streit über Prozeßvoraussetzungen der Fall sei[66]. Der Erledigungsantrag setze somit einen Zwischenstreit unter den Parteien in Gang. Das Gericht verkünde ein Zwischenurteil in Form eines Prozeßurteils, wenn die Erledigung eingetreten sei[67]. Eine erneute Klage mit demselben prozessualen Anspruch sei daher nicht mehr zulässig[68].

Die Kosten seien bei Erledigungsfeststellung gem. § 91 a ZPO nach dem bisherigen Sach- und Streitstand zu verteilen. Sei keine Erledigung eingetreten, also ein Zwischenurteil zu verkünden, käme eine Kostenentscheidung nicht in Betracht; der Zwischenstreit sei kein Streit in der Hauptsache, er müsse für die Kostenentscheidung ohne Bedeutung bleiben[69].

d) Theorie des Klageverzichts

Teilweise wird in Frage gestellt, ob die einseitige Erledigungserklärung überhaupt de lege lata erforderlich sei. Es ist dies die Lehre vom Klageverzicht[70]: Bei einer zunächst unzulässigen bzw. unbegründeten Klage müsse der Beklagte den Anspruch sofort anerkennen, falls die Klage wegen der inzwischen veränderten Umstände jetzt Erfolg haben wird. Auf das Anerkenntnis hin sei der Beklagte bei entsprechendem Antrag des Klägers zu verurteilen (§ 307 ZPO). Gegenüber einer von vornherein begründeten Klage unterscheide sich die Rechtsfolge eines derartig motivierten Anerkenntnisses nur dadurch, daß der Kläger die Verfahrenskosten zu tragen habe (§ 93 ZPO). Die Regelung des § 93 ZPO könne dann auch auf den umgekehrten Fall entsprechend angewandt werden[71]. Wenn

---

66) Schwab, a.a.O., S. 135.
67) Schwab, a.a.O., S. 135/136.
68) Schwab, a.a.O., S. 136.
69) Schwab, a.a.O., S. 139/140.
70) Grunsky, Verfahrensrecht, § 12 III 1, zurückgehend auf Hellwig; ähnlich Lindacher, JurA 1970, 687 (705 ff).
71) Anders Lindacher, a.a.O., S. 707: Kein Fall des Veranlassungsprinzips der §§ 306 ZPO, 173 VwGO, sondern als Gesetzeslücke nach § 91 a ZPO zu füllen.

also die zulässige und begründete Klage während des Verfahrens unzulässig oder unbegründet werde, müsse der Kläger auf seinen Anspruch verzichten (§ 306 ZPO), wodurch er unter den der Regelung des § 93 ZPO entsprechenden Voraussetzungen die nachteilige Kostenfolge vermeiden könne. Weder Kläger noch Beklagter hätten die Möglichkeit, den Prozeß ohne Niederlage zu beenden, es gehe nur um die Kosten. Somit gebe es keine Erledigung der Hauptsache gegen den Widerspruch des Beklagten.

III. Anwendung der Theorien auf die FG

1. Ausgangspunkt des FG-Verfahrens

Bevor die einzelnen Theorien, die für den Zivilprozeß entwickelt worden sind, auf ihre Brauchbarkeit für die FG überprüft werden, soll zunächst noch einmal der wesentlich andere Ausgangspunkt in den FG-Verfahren herausgestellt werden: Das erledigende Ereignis wird gem. § 12 FGG vom Gericht in den Prozeß eingeführt. Wegen der Dispositionsmaxime in den Antragsverfahren der FG kann das Gericht nur auf Antrag die Erledigung des Verfahrens aussprechen[72]. Erklärt der Antragsteller nicht für erledigt, so ist streitig, ob das Gericht befugt ist, nunmehr die Hauptsache für erledigt zu erklären[73] oder ob das Gericht den Antrag abweisen muß[74].

Die Antragsabweisung spielt für den Antragsteller nicht die entscheidende Rolle wie im Zivilprozeß: Ob dem Antrag stattgegeben wurde oder der Antrag wegen des Erledigungsereignisses abgelehnt wurde, in beiden Fällen muß das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen gem. § 13 a FGG entscheiden, ob eine Kostenerstattung angeordnet wird. Für die Ausübung des Ermessens ist die ursprüngliche Begründetheit des Antrages ein Prüfungspunkt unter mehreren. Die bloße Antragsabweisung

---

72) S.S. 84; vgl. auch Bärmann, § 18 IV. 3 a.
73) OLG Braunschweig, OLGZ 1975, 434.
74) Herrschende Meinung: Habscheid, § 22 II 5 b bb; Bärmann, § 18 IV 3 a; Jansen, § 19 Rdnr. 36; Grunsky, Verfahrensrecht, § 12 IV; KG, OLGZ 1973, 143 (146).

wegen der Erledigung allein hat jedoch keine besonderen kostenmäßigen Konsequenzen[75/76].

Die Antragsabweisung ist für den Antragsteller auch deswegen nicht von besonderer Bedeutung, weil diese Entscheidung nicht unbedingt in materielle Rechtskraft erwachsen muß. In den Fällen, in denen das Gericht rechtskräftig entscheiden würde, wäre auch die gerichtliche Feststellung der Erledigung materiell rechtskräftig. Das Problem der materiellen Rechtskraft ist für beide Fälle in der FG gleich.

Einziges Motiv des Antragstellers kann daher bei der einseitigen Erledigungserklärung nur sein, die gerichtliche Feststellung der Erledigung der Hauptsache zu erreichen, wenn nicht die einseitige Erledigungserklärung nur als Zwischenstadium zur Erlangung der übereinstimmenden Erledigungserklärung angesehen wird.

2. Rechtsfürsorgeverfahren (Antragssachen)

a) Die Theorie des Klageverzichts ist für die Rechtsfürsorgeverfahren unbrauchbar. In diesen Verfahren geht es nicht um subjektive Rechte, im Gegensatz zu den Streitverfahren, sondern allenfalls um Interessen des einzelnen; der Rechtsschutz wird um der Interessen des einzelnen willen gewährt[77]. Da aber in diesen Verfahren auch ein öffentliches Interesse besteht, muß sich der Staat Eingriffsrechte zum Zwecke der Rechtsfürsorge vorbehalten[78]. Ein Verzicht auf den materiellen Anspruch, wie er gem. § 306 ZPO erforderlich wäre, ist mit dem öffentlichen Interesse nicht vereinbar. So

---

75) Allgemeine Meinung; vgl. Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a; Jansen, § 13 a Rdnr. 8; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 22 m.w.N.

76) Eine andere Frage ist es, ob bei Beharren auf dem Antrag noch langwierige Ermittlungen des Gerichts nötig sind und dieses dann durch einen Beschluß entscheiden müßte. Dann ist die Kostenregelung des § 13 a I 2 FGG zu prüfen.

77) Habscheid, § 6 II 3.

78) Habscheid, § 6 I 3.

kann z.B. ein Elternteil im Verfahren gem. § 1672 BGB nicht wirksam auf sein Sorgerecht verzichten. Die Eltern können lediglich dem Gericht den Vorschlag unterbreiten, das dann im öffentlichen Interesse die elterliche Sorge neu bestimmt.

b) Die Klagerücknahmetheorie würde eine Verfahrensbeendigung durch Bewirkungshandlung des Antragstellers bedeuten. Eine Sachentscheidung erginge nicht, das Verfahren könnte jederzeit neu aufgerollt werden.

Da aber insoweit der Antragsteller eigenmächtig das Verfahren durch einfache Erklärung beenden könnte, käme es zu keiner gerichtlichen Feststellung mit Prüfung der Erledigung der Hauptsache. Allenfalls könnte der gerichtliche Beschluß deklaratorisch feststellen, daß durch diese Beteiligtenhandlung die Rechtshängigkeit beendet ist. Es entfiele der besondere Zweck, den die einseitige Erledigungserklärung in der FG haben könnte, nämlich die gerichtliche Feststellung, daß der Antrag bis zur Erledigung berechtigt war und nunmehr gegenstandslos geworden ist.

c) Nach der Theorie des eigenständigen Rechtsinstituts ist die einseitige Erledigungserklärung ein Antrag auf eine die Rechtshängigkeit beendende Entscheidung durch das Gericht, das dann entscheidet, daß der erhobene Anspruch gegenstandslos geworden ist. Dies ist ein prozessualer Antrag, kein Antrag zur Hauptsache und wird in einem Zwischenstreit entschieden.

Dabei ist für die FG fraglich, ob die Beteiligten die Rechtsmacht haben, einen Zwischenstreit auszufechten, der mit einem "Zwischenbeschluß" endet. Die Dispositionsbefugnis erlaubt den Beteiligten Beginn, Ende und Inhalt des Verfahrensgegenstandes für das Gericht festzulegen[79]. Nach Schwab beinhaltet der neue Antrag aber gerade keinen neuen Streit- bzw. Verfahrensgegenstand, sondern es soll über den "alten"

79) Habscheid, § 19 I 1 c.

Gegenstand entschieden werden, lediglich in anderer Form. Insoweit sei es auch kein Antrag zur Hauptsache.

Die Beteiligten der Rechtsfürsorgeangelegenheiten der FG haben aber allenfalls die Befugnis, den Verfahrensgegenstand zu bestimmen bzw. zu verändern, indem sie Verfahrensanträge und gegebenenfalls Sachanträge stellen können. Ähnlich wie bei dem Zwischenstreit über Prozeßvoraussetzungen können die Beteiligten des FG-Verfahrens über prozessuale Fragen dem Gericht keine Entscheidung aufdrängen. Diese trifft das Gericht wegen des öffentlichen Interesses von Amts wegen. Auch im Zivilprozeß entscheiden Zwischenurteile, wie Schwab sie vorschlägt, nicht über den Streitgegenstand, sondern über einen Zwischenstreit. Ihr Erlaß steht im freien, nicht nachprüfbaren Ermessen des Gerichts[80]. Das Gericht kann auch ohne besonderen Antrag auf Zwischenurteil ein solches erlassen.

Zu einem anderen Ergebnis kommt jedoch Schwab, weil er im Erledigungsantrag keinen Prozeßantrag, sondern einen Sachantrag im weiteren Sinne sieht[81]. An Sachanträge ist das Gericht aber gem. § 308 ZPO (im Gegensatz zu Prozeßanträgen) gebunden. Schwab bezeichnet als Sachanträge nicht nur solche Anträge, die einen prozessualen Anspruch zum Inhalt haben, sondern auch solche, die sich auf den prozessualen Anspruch beziehen, ohne selbst einen prozessualen Anspruch zum Inhalt zu haben[82]. So sei auch der Klageabweisungsantrag oder der Rechtsmittelantrag ein Sachantrag.

Dies zeigt, daß die Theorie für die FG nicht anwendbar ist. In aller Regel gibt es bei den Rechtsfürsorgeangelegenheiten nur Verfahrensanträge, die den Verfahrensgegenstand festlegen, d.h. den Kreis der Angelegenheiten, mit denen sich das Gericht zu befassen hat. Diese Verfahrensanträge binden das Gericht aber nicht bezüglich des Inhalts einer Entscheidung

---

80) Thomas-Putzo, § 303 Anm. 3 a.
81) Schwab, ZZP 72, 127 (134).
82) Schwab, a.a.O., S. 133.

(dies wären Sachanträge[83]). Bei den Verfahrensanträgen kann das Gericht im Rahmen des Verfahrensgegenstandes nach seinem pflichtgemäßen Ermessen entscheiden; bei Sachanträgen ist das Gericht insoweit gebunden, als es dem Antrag nur - ganz oder teilweise - stattgeben oder ihn abweisen kann, dem Antragsteller aber nicht mehr oder etwas anderes zusprechen darf, als er beantragt hat[84].

Dabei ist wiederum umstritten, ob es Sachanträge überhaupt in Rechtsfürsorgeverfahren geben kann[85] oder ob diese nur in echten Streitverfahren möglich sind[86].

Weiterhin wäre bei jeder Verfahrensart zu prüfen, ob hier ein Sachantrag möglich ist oder nicht, was jeweils sehr unterschiedlich sein kann: Z.B. wird der Antrag gem. § 1382 I BGB als bindender Sachantrag angesehen, weil es dem Schuldner überlassen bleiben müsse, ob er von dem ihm eingeräumten Recht auf Stundung Gebrauch mache und für welche Dauer. Keine Bindung bestehe dagegen bezüglich der nach Abs. 5 dieser Vorschrift zu regelnden Frage; einen bindenden Sachantrag wiederum sehe § 1383 II BGB vor[87].

Daraus wird deutlich, daß die Lösung Schwabs nur für einen kleinen Teil der Rechtsfürsorgeangelegenheiten anwendbar wäre und zudem zusammengehörige Teilbereiche wie die des § 1382 BGB auseinanderreißen würde, weil im einen eine einseitige Erledigungserklärung möglich wäre, im anderen aber nicht. Ein mögliches Feststellungsinteresse richtet sich aber nicht danach, ob hier ein bindender Sachantrag nötig ist oder (nur) eine Anregung. Die dahinterstehenden Interessen können in beiden Fällen gleich stark sein. Die öffentlichen Interessen bedingen es, daß die Regelung letztlich durch das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen ohne Sachantrag durchgeführt

---

83) Baur-Wolf, Kap. 3 I 2 a/b.
84) Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 9.
85) Bejahend Bärmann, § 13 II 2 a.
86) So Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 9; Baur-Wolf, Kap. 3 I 2 b: Bindung nur, wenn es um subjektive Rechte geht.
87) Baur-Wolf, Kap. 3 I 2 b.

werden soll. Für das mögliche Feststellungsinteresse ist aber das private Interesse entscheidend.

d) Für die FG ist maßgeblich, daß der Antragsteller nach Eintritt des erledigenden Ereignisses die Möglichkeit hat, feststellen zu lassen, daß die Erledigung eingetreten ist und der Antrag bis zu diesem Zeitpunkt berechtigt war. (Ob er dafür ein Feststellungsinteresse hat, ist eine andere Frage, die noch erörtert werden muß)[88].

Die Klageänderungstheorie würde es ermöglichen, in allen Antragsverfahren den Streitgegenstand zu ändern, weil allein mit dem Verfahrensantrag der Verfahrensgegenstand bestimmt und damit auch geändert werden kann. Ob der Antragsteller einen neuen Verfahrensgegenstand einführen kann, wird zu prüfen sein.

3. Streitverfahren

In Streitverfahren der FG geht es um subjektive Rechte der Beteiligten, die sich in Gegnerschaft gegenüberstehen. Das legt Parallelen zum Zivilprozeß nahe, die für die Erledigung der Hauptsache auch gezogen werden[89]: Eine einseitige Erledigungserklärung verpflichtet das Gericht, über die Erledigung sachlich zu befinden, also auszusprechen, ob sich die Hauptsache erledigt hat und ferner über die Kosten zu entscheiden[90], wobei jedoch auch behauptet wird, das Gericht könne auch ohne oder entgegen den Erklärungen der Beteiligten die Hauptsache für erledigt erklären[91], was jedoch wegen der Dispositionsbefugnis der Beteiligten schon abgelehnt worden ist.

Die grundsätzliche Parallele zum Zivilprozeß würde es für die Streitverfahren wiederum erlauben, alle im Zivilprozeß

---

88) Vgl. S. 146 ff.
89) Vgl. S. 34 f, 68.
90) Herrschende Meinung: Habscheid, § 22 II 5 a m.w.N.; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 4 b aa.
91) Jansen, § 19 Rdnr. 36; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 a Rdnr. 7; LG Hamburg, NJW 1959, 2122.

vertretenen Theorien zur einseitigen Erledigungserklärung nicht von vornherein auszuschließen: Verzicht, da es um subjektive Rechte geht; Klagerücknahmetheorie, da Bewirkungshandlungen wegen der auch materiellen Dispositionsbefugnis möglich wären; eigenständiges Rechtsinstitut, da stets Sachanträge nötig sind und somit ein Zwischenstreit von den Beteiligten eröffnet werden kann und erst recht die Klageänderungstheorie, da die Beteiligten durch ihre Anträge den Verfahrensgegenstand bestimmen.

Zu beachten ist aber auch hier, daß die Kosten nicht nach § 91 bzw. 91 a ZPO, sondern ebenso nach § 13 a FGG verteilt werden, wobei in den Streitverfahren die Kostenverteilung den Grundsätzen des § 91 a ZPO angenähert ist. Je stärker zwischen den Parteien Streit herrscht mit erheblichem verfahrenstechnischem Aufwand, um so eher wird das Gericht bei der Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens die Kostenerstattung anwenden müssen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes. Insofern würde auch hier eine Antragsabweisung den Antragsteller kostenmäßig nicht belasten, weil ohnehin eine Prüfung der Kostenverteilung durch das Gericht erfolgen müßte. Wegen der Kosten bedarf es daher keiner einseitigen Erledigungserklärung.

Die Frage des Feststellungsinteresses kann jedoch nur die Lösung nach Schwab und die Klageänderungstheorie beantworten. Die Theorie des Zwischenstreits nach Schwab hat in der FG den Nachteil, daß sie nur in Verfahren mit Sachantrag anwendbar wäre. Dies würde dazu führen, daß zwischen den Antragsverfahren und den Streitverfahren unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten für die Beendigung bestünden, obwohl beide Verfahren von der Dispositionsmaxime beherrscht sind und die Beteiligten Beginn und Ende des Verfahrens bestimmen. Ob ein Verfahren echtes Streitverfahren oder Rechtsfürsorgeverfahren ist, hängt aber allein davon ab, in welchem Maße ein öffentliches Interesse an der Regelung besteht. Dieses unterschiedliche

öffentliche Interesse kann aber kein sinnvolles Entscheidungskriterium dafür sein, ob ein Beteiligter ein Recht auf Feststellung der Erledigung hat. Das (private) Feststellungsinteresse besteht nur, wenn der Beteiligte befürchten muß, erneut mit dem Verfahren überzogen zu werden. Dies liegt aber auf einer anderen Ebene als das öffentliche Interesse, wenn tatsächlich das Bedürfnis für eine amtliche Regelung vorliegt, weil nicht erledigt ist. Die Theorie Schwabs kann daher auch für die Streitsachen der FG nicht sinnvoll angewendet werden.

IV. Die Klageänderungstheorie in der FG

1. Antrag auf gerichtliche Feststellung der Erledigung

Nach der Klageänderungstheorie bedeutet die einseitige Erledigungserklärung des Klägers den Antrag an das Gericht, die Erledigung der Hauptsache, d.h. des Streitgegenstandes, festzustellen[92] bei Beharren des Beklagten auf dem Klageabweisungsantrag, somit eine Erwirkungshandlung.

Es fragt sich, ob der Antragsteller die Befugnis hat, dem Gericht eine Entscheidung durch seinen Antrag darüber vorzuschreiben; schließlich ist schon für die übereinstimmende Erledigungserklärung umstritten, ob das Gericht auch ohne oder gar gegen die Erklärung der Beteiligten die Hauptsache für erledigt erklären kann. Oben[93] ist schon erörtert worden, daß infolge der Dispositionsmaxime die Beteiligten gemeinsam den Verfahrensgegenstand dem Gericht entziehen können, daran ist das Gericht gebunden. Hier geht es jedoch darum, den Verfahrensgegenstand gegebenenfalls zu verändern. Dazu ist zu untersuchen, was Verfahrensgegenstand in der FG ist und inwieweit der Antrag eines Beteiligten diesen verändern kann.

---

92) Habscheid, Festschrift, S. 166.
93) S.S. 79 f.

2. Verfahrensgegenstand in der FG

a) Verfahrensgegenstand in echten Streitverfahren

Der Verfahrensgegenstand der FG ist am ehesten für die Streitsachen der FG geklärt. Die Wesensverwandtschaft zwischen Zivilprozeß und den Streitverfahren der FG rechtfertigt es, den Streitgegenstandsbegriff des Zivilprozesses auch auf den Verfahrensgegenstandsbegriff dieser Streitsachen zu übertragen[94].

Unerheblich ist, welcher der Streitgegenstandslehren man sich anschließt. Zugrunde liegt bei den Streitverfahren wie im Zivilprozeß das subjektive Recht, aus dem ein Anspruch hergeleitet wird. Man kann daher den Verfahrensgegenstand als bestimmt sehen durch die Behauptung eines materiellen Rechts oder Rechtsverhältnisses, oder, ohne Rücksicht auf materielle Rechtsbehauptungen, allein gebildet von Klageantrag und vorgetragenem Sachverhalt[95/96] oder aber allein bestimmt durch den Antrag[97].

Im Gegensatz zum Zivilprozeß, wo der Beibringungsgrundsatz für den Vortrag des Sachverhalts gilt, hat das Gericht in der FG den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Im Extremfall könnte sich der Antragsteller im Streitverfahren der FG darauf beschränken, nur den Sachantrag zu stellen. Den zugrunde liegenden Sachverhalt hat das Gericht von Amts wegen zu erforschen. Allenfalls zur Individualisierung wäre der Sachverhalt zu umreißen[98].

---

94) Vgl. Habscheid, Streitgegenstand im Zivilprozeß und Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, S. 232; Lappe, Rpfleger 1985, 421 (422).
95) Baumbach-Lauterbach, § 2 Anm. 2 A; BGHZ 7, 268 (271); Jauernig, § 37 VIII; Thomas-Putzo, Einl. II Anm. 7b.
96) So Habscheid (Streitgegenstand S. 233/234) für die FG: Rechtsbehauptung (=Anspruchsgegenstand) und Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund).
97) Rosenberg-Schwab, § 96 III 3; gegebenenfalls ergänzt durch den Sachverhalt zur Individualisierung; Schwab, JuS 1965, 81(83/84).
98) Vgl. Habscheid, a.a.O., S. 234.

Damit beschränkt sich der Verfahrensgegenstand auf die Rechtsfolgenbehauptung, die lediglich durch den Sachverhalt individualisiert wird. Auch nach der neueren Konkurrenzlehre[99] ergibt sich nichts anderes: Es wird eine bestimmte Rechtsfolge behauptet, ein Anspruch aus einem materiellen Recht hergeleitet.

b) Verfahrensgegenstand beim Sachantrag

In den Rechtsfürsorgeverfahren unterscheidet man nach allgemeiner Ansicht[100] Verfahrens- und Sachanträge. Für Verfahren mit Sachantrag gilt, daß hier zwar keine subjektiven Rechte geltend gemacht werden, mithin keine Ansprüche aus dem materiellen Recht hergeleitet werden können. Das Gericht bescheidet hier nicht die Richtigkeit der aufgestellten Rechtsbehauptungen, sondern stellt die Berechtigung des Antragstellers und der anderen Beteiligten fest[101].

Durch den Sachantrag bittet der Antragsteller jedoch das Gericht, in einem bestimmten Sinne zu entscheiden, weil er eine bestimmte Rechtsfolgenbehauptung aufstellt. Diese Rechtsfolgenbehauptung berührt seine rechtlichen Interessen. Das Gericht ist analog § 308 ZPO gebunden; es kann nicht mehr oder etwas anderes zuerkennen. Auch dieser Sachantrag bestimmt wegen der Bindung gem. § 308 ZPO den Verfahrensgegenstand. Zur Individualisierung wird der konkrete Sachverhalt herangezogen, dessen Erarbeitung jedoch dem Gericht obliegt. Somit wird der Verfahrensgegenstand hier durch Antrag und den

---

99) Z.B. vertreten von Larenz, Allg. Teil, § 14 IV 4.
100) Bärmann, § 13 II 2 a; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 9; Baur, § 17 IV 1 a; Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 11 und 13.
101) Z.B. kann im Erbscheinverfahren das Gericht den Erbschein nur so erteilen, wie er beantragt ist oder ihn ablehnen, wenn die genau bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Es wird aber nicht dem Antrag stattgegeben, d.h. der Rechtsansicht der Beteiligten gefolgt.

der Individualisierung des Antrags dienenden Sachverhalt bestimmt[102].

c) Verfahrensgegenstand beim Verfahrensantrag[103]

aa) Der Verfahrensantrag

Der Verfahrensantrag ist zunächst nur Voraussetzung für die Einleitung eines Verfahrens an sich. Er legt den Verfahrensgegenstand fest, d.h. den Kreis der Angelegenheiten, mit denen sich das Gericht zu befassen hat, bindet aber das Gericht nicht bezüglich des Inhalts seiner Entscheidung[104]. Dies ist insbesondere in den Regelungsstreitigkeiten der Fall. Diese sind dadurch gekennzeichnet, daß die gesuchte Lösung nicht im Gesetz bereitgestellt wird, sondern durch Willenseinigung der Parteien gefunden werden muß[105]. Die unterschiedlichen Interessen müssen zum Ausgleich gebracht werden. Der Richter übt als unparteiischer Dritter Hilfestellung mit gewissen Gestaltungsbefugnissen aus[106]. Im Regelungsstreit liegt der Schwerpunkt in der Auswahl der geeignetsten Regelung, nicht in der Entscheidung zu einer Rechtsbehauptung des Klägers[107]. Weil das Gericht sein Ermessen im Interessenwiderstreit der Parteien (auch unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses) ausüben soll, ist es an Anträge, wie entschieden werden soll, nicht gebunden; § 308 ZPO gilt nicht. Das Gericht darf über den durch diesen Verfahrensgegenstand bestimmten Kreis der Angelegenheiten allerdings

---

102) Baur-Wolf, Kap. 4 IV 5.
103) Literatur und Rechtsprechung haben sich mit der Frage des Verfahrensgegenstandes in Rechtsfürsorgeangelegenheiten nicht befaßt (vgl. z.B. die Monographie Habscheids über den Streitgegenstand). Lappe, Rpfleger 1985, 421 (422) ist so auch der Ansicht, es bedürfe eines exakten Verfahrensgegenstandes nicht, insbesondere wegen der Abänderungsbefugnis und des unbestimmten Verfahrensantrages.
104) Baur-Wolf, Kap. 3 I 2 a.
105) Bötticher, Festschrift, S. 102.
106) Bötticher, a.a.O., S. 98.
107) Bötticher, a.a.O., S. 100.

nicht hinausgehen[108].

bb) Verfahrensgegenstand: Antrag auf Rechtsschutz und Regelung seiner Angelegenheiten

Bei den Antragsverfahren mit reinem Verfahrensantrag könnte man annehmen, mit dem Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens bestünde der Verfahrensgegenstand nur aus dem vom Antragsteller umrissenen, zur Prüfung vorgelegten Sachverhalt. So zieht auch Baur[109] die Konsequenz, daß in solchen Verfahren wie in Amtsverfahren der Verfahrensgegenstand die vom Gericht ins Auge gefaßte Maßnahme (z.B. die Regelung der elterlichen Sorge gem. § 1672 BGB) und der zur Individualisierung erforderliche Sachverhalt sei[110].

Bärmann[111] weist jedoch zu Recht darauf hin, daß es reine Verfahrensanträge, deren Intention allein darauf gerichtet ist, das Verfahren zu eröffnen, die aber nicht den Abschluß des Verfahrens durch Entscheidung wollen, nicht gibt. Zumindest wird konkludent behauptet, ein Rechtsschutzinteresse an diesem Verfahren zu haben. Der Verfahrensantrag muß jedenfalls auch das erstrebte Rechtsschutzziel im allgemeinen erkennen lassen[112]. Eine Zurückweisung des Verfahrensantrages kommt in diesen Verfahren nur in Betracht, wenn das Gericht den Antrag aus verfahrenstechnischen Gründen für unzulässig erachtet, z.B. weil das Rechtsschutzbedürfnis fehlt[113]. Das ist dann aber nichts anderes als eine Verfahrensbehauptung im Sinne Habscheids[114], die dieser allerdings nur für Streitverfahren anerkennen will.

---

108) Z.B. beim Hausratsverteilungsverfahren nach §§ 1, 8 HausratsVO auch solche Gegenstände einzubeziehen, über die bereits eine Einigung vorliegt.
109) Baur-Wolf, Kap. 4 IV 5.
110) Ähnlich Lent, ZZP 66, 267 (271): Streitgegenstand sei die Frage, ob das Gericht eine gewisse Gestaltung vornehmen könne, dürfe und solle, aber ohne die Grundlage oder Voraussetzung eines privaten Rechts.
111) Bärmann, § 13 II 2 a.
112) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 11; Baur, § 17 III 3 b.
113) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 12.
114) Habscheid, § 7 IV 2 a.

Diese Ansicht geht zurück auf Lent[115], wonach kein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat als Gegenstand der Feststellung ähnlich dem Rechtsanspruch existiere, weil es keine privaten Gestaltungsrechte gebe, die daher auch nicht den Gegenstand des Verfahrens bilden könnten[116]. Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, daß der Antragsteller auch bei Verfahren mit Verfahrensantrag zumindest um Rechtsschutz ersucht, also geltend macht, ein Rechtsschutzbedürfnis zu haben.

cc) Anspruch auf Rechtsschutz in Form der Regelung

Die Behauptung des Rechtsschutzinteresses enthält zugleich die Aufforderung an das Gericht, den unterbreiteten Sachverhalt rechtlich zu regeln. Auf diese Regelungsverfügung hat der Antragsteller einen subjektiv öffentlichen Anspruch. Wenn das Gesetz jemanden als antragsberechtigt ansieht, ist das Gericht umgekehrt verpflichtet, gegenüber dem Antragsteller tätig zu werden und ihn zu bescheiden[117].

Dies gilt spätestens seit der sogenannten Fürsorgeentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[118] als allgemeiner Rechtssatz: Wenn das Gesetz jemandem zur Fürsorge verpflichtet ist, hat dieser auch einen entsprechenden Anspruch darauf. Der einzelne ist nicht Untertan, sondern Bürger. Er darf nicht lediglich Gegenstand staatlichen Handelns sein, sondern ist vielmehr als selbständige, sittlich verantwortliche Persönlichkeit und deshalb als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt[119].

Daß der Antragsteller einen subjektiven öffentlich-rechtlichen Anspruch auf eine der materiellen Rechtslage entsprechende Entscheidung hat, folgt auch aus der (für den Zivilprozeß widerlegten) Theorie des Rechtsschutzanspruches gegen

---

115) Lent, ZZP 66, 267 (272).
116) Lent, a.a.O., S. 271.
117) S.S. 64 f.
118) BVerwGE 1, 159 ff.
119) BVerwGE 1, 159, 161.

den Staat[120/121]. Danach hat der einzelne das subjektive öffentliche Recht in den Formen des Zivilprozesses gegen den Staat, der den Rechtsschutz gewähren soll. Im Gegensatz zum Justizanspruch geht es aber nicht nur um das bloße Tätigwerden des Gerichts, die Gewährung von Rechtspflege, sondern auch um den Inhalt der Entscheidung, den Anspruch auf Erlaß eines günstigen Urteils[122]. Damit sollte das Wesen des prozessualen Anspruchs, d.h. des Streitgegenstandes, geklärt werden[123].

Dieser Theorie wird entgegengehalten, daß es im Zivilprozeß keinen Anspruch gegen den Staat auf ein richtiges Urteil geben könne, zum einen, weil der Staat als Rechtsschutzgegner selbst über den Anspruch entscheiden müsse[124], zum anderen, da den Parteien die Beibringung der Urteilsgrundlage, der Tatsachen, überlassen sei; damit hänge der Ausgang des Prozesses nicht immer von der materiellen Rechtslage ab; es sei denkbar, daß der Staat, gegen den sich der Rechtsschutzanspruch richten soll, diesen nicht befriedigen könne und dürfe[125]. Dies trifft für die FG nicht zu: Das Gericht ist durch den Untersuchungsgrundsatz zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. So wird auch zumindest für die Gestaltungs- und Feststellungsklagen des Zivilprozesses vertreten[126], daß dort ein subjektiv öffentliches Recht

---

120) Habscheid, Streitgegenstand, S. 30 ff.
121) Heute noch vertreten von Blomeyer, § 1 III; Festschrift für Bötticher, S. 61 ff; Pohle in Stein-Jonas, Einl. E I 3; dagegen ausführlich Schwab, ZZP 81, 412 ff.
122) Blomeyer, Festschrift, S. 61 (67/68).
123) Stein-Jonas-Pohle, Einl. E III 1 c.
124) Schwab, a.a.O., S. 416; dagegen Blomeyer, a.a.O., S. 70: der Staat handelt durch seine Organe, das Gericht.
125) Habscheid, Streitgegenstand, S. 99.
126) Schlosser, S. 374 ff; anderer Ansicht: Blomeyer, a.a.O., S. 73; differenzierend Lüke, JuS 1969, 301 (305/307): In den Fällen der unechten Gestaltungsklagen (d.h. die Parteien können über das zugrundeliegende Rechtsverhältnis disponieren) besteht durchaus ein Anspruch des Berechtigten gegen den Beklagten auf Herbeiführung der Rechtsänderung.

gegen den Staat existiere, weil es ein privatrechtliches Gestaltungsrecht des Klägers gegen den Beklagten nicht gebe. Im Zivilprozeß sind aber die Gestaltungsrechte privatrechtlicher Natur und gegen die andere Partei gerichtet[127]. In den Rechtsfürsorgeverfahren der FG gibt es, im Gegensatz zum Zivilprozeß, kein Recht oder Anspruch des einen Beteiligten gegen den anderen, um ein Rechtsverhältnis zu gestalten, sondern nur das Gericht kann das Verhältnis gestalten. Die Dispositionsbefugnis der Beteiligten ändert daran nichts[128], da der Rechtsschutz sich lediglich erübrigt, wenn die Klage zurückgenommen wird[129]. Verpflichtet das Gesetz aber den Staat zu einem Tun, hat der Bürger seinerseits darauf einen Anspruch, der auch klageweise durchgesetzt werden kann. Das Anrecht bzw. die Befugnis bedeutet zumindest dann ein subjektives Recht, wenn es im Gerichtswege durchgesetzt werden kann[130], wenn der Staat dem Begehren des Bürgers nicht freiwillig nachkommt[131]. Gerade im Verfahren der FG richtet sich das Verfahren nicht gegen den Bürger, den anderen Beteiligten, sondern gegen das Gericht, den Staat, um von diesem eine Entscheidung zu erhalten. Denn das Gericht entscheidet in den Verfahren ohne bindenden Sachantrag nicht über Rechtsbehauptungen der Bürger gegeneinander wie im Zivilprozeß, sondern entscheidet unabhängig vom Streit der Beteiligten über die Rechtslage. Darin liegt der bedeutsame Unterschied zu den Streitverfahren und zum Zivilprozeß[132].

Zusammenfassend läßt sich der Verfahrensgegenstand so bestimmen: In Streitverfahren ist es der Antrag mit der Behauptung

---

127) Schwab, a.a.O., S. 423. Auch z.B. das Recht auf Ehescheidung: vgl. Lüke, AcP 178, 1 (22); Gernhuber, § 25, 1. a.A.: Münchener Kommentar-Wolf, § 1564 Rdnr. 13.
128) Anderer Ansicht für den Zivilprozeß: Schwab, a.a.O., S. 423.
129) Blomeyer, a.a.O., S. 74.
130) Habscheid, Streitgegenstand, S. 101.
131) Z.B. Amtshaftung, § 839 II BGB i.V.m. Art. 34 GG; Blomeyer, a.a.O., S. 70.
132) Habscheid, § 28 II 3: Es besteht kein privates Recht auf Gestaltung, das dem einen Beteiligten gegen den anderen zusteht, sondern das Gericht handelt in Erfüllung einer staatlichen Pflicht.

subjektiver Rechte; in Rechtsfürsorgeverfahren mit Sachantrag die Behauptung einer bestimmten Rechtsfolge. Soweit nur ein Verfahrensantrag zulässig ist, muß als Verfahrensgegenstand das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers mit dem Antrag auf Regelung seiner Angelegenheiten angesehen werden.

3. Feststellungsanträge in den Verfahrenstypen

a) Sachantrag

Wenig Schwierigkeiten bereiten die Sachanträge in den echten Streitverfahren und Rechtsfürsorgeverfahren. Da sie eine bestimmte materielle Sachentscheidung begehren und die gerichtliche Entscheidung gemäß Sachurteil eine Sachentscheidung sein muß, wirken sie direkt auf den Streit- bzw. Verfahrensgegenstand ein. Dadurch, daß ein anderer Antrag gestellt wird (auf Feststellung) verändert sich auch der Verfahrensgegenstand, über den der Antragsteller die Dispositionsbefugnis besitzt. An die Anträge ist das Gericht gebunden und darf nicht etwas anderes zusprechen, wenn der Antragsteller die Feststellung begehrt.

b) Verfahrensantrag

Verfahrensgegenstand bei bloßem Verfahrensantrag ist der unterbreitete Sachverhalt mit dem Antrag auf Entscheidung zur Regelung. Er hat somit nicht nur die Funktion der Verfahrenseröffnung, so daß im Ergebnis der Meinung von Bärmann[133] zuzustimmen ist, daß es nicht Anträge geben kann, die nicht auch auf Abschluß des Verfahrens, hier die Regelung, gerichtet sind. Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers auf Regelung seiner Angelegenheiten, auf dessen Erfüllung er einen Anspruch hat, kann bei Eintritt eines erledigenden Ereignisses nicht mehr erfüllt werden. Da jedoch ein Anspruch auf Regelung bestehen würde, wandelt sich der Regelungsan-

133) Bärmann, § 13 II 2 a.

spruch um in einen Feststellungsanspruch, daß aufgrund des vom Gericht von Amts wegen eingeführten Erledigungsereignisses keine Regelung mehr erforderlich ist. Der allgemeine Rechtsschutzanspruch bleibt bestehen, er wandelt sich lediglich in seiner Form.

Ob der Antragsteller dazu ein Rechtsschutzbedürfnis hat, bleibt zu untersuchen; jedenfalls erscheint es möglich, daß auch in diesen Fällen eine Antragsänderung entsprechend der Klageänderung durch den Antragsteller vorgenommen werden könnte, weil auch insoweit der Antragsteller über den Verfahrensgegenstand disponieren kann.

4. Zulässigkeit der Antragsumstellung

Nach herrschender Meinung[134] kann der Antragsteller seinen Sachantrag im Laufe des Verfahrens ändern, einschränken oder erweitern, ohne durch ein Verbot der Klageänderung daran gehindert zu sein. Dies gilt auch in den Verfahren der "streitigen" FG[135]. Dagegen ist Habscheid[136] der Ansicht, soweit die Dispositionsmaxime herrsche, seien auch deren gesetzlich gezogene Schranken zu beachten. Daher gelte, wenn auch eingeschränkt, das Verbot der Klageänderung.

Diese Streitfrage kann jedoch dahinstehen, da das Gericht die Antragsänderung als sachdienlich zulassen muß, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis an der Feststellung besteht. Ähnlich behelfen sich auch die Vertreter der Klageänderungstheorie im Zivilprozeß[137], da, wie Schwab[138] zu Recht festgestellt hat, die Klageänderungen gem. § 264 Nr. 2 oder 3 ZPO auf einen Erledigungsantrag keine Anwendung finden können. Habscheid[139] nimmt eine Erweiterung des Klageantrages an

---

134) Baur, § 17 IV 2 a; Bärmann, § 13 II 3 a; Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 13.
135) Baur, a.a.O.
136) Habscheid, § 19 I 1 d.
137) Lüke, Festschrift, S. 332; OLG Saarbrücken, NJW 1967, 2212/2213.
138) Schwab, ZZP 72, 132 (133).
139) Habscheid, JZ 1963, 624 (625).

(Nr. 2), weil auch rechtskräftig darüber entschieden werde, ob die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war. Nach Ansicht anderer Vertreter der Klageänderungstheorie erklärt derjenige, der die Feststellung der Erledigung beantragt, daß ein Sachurteil über die Hauptsache nicht mehr gefällt werden dürfe; es stelle somit ein aliud dar. Gemäß § 264 Nr. 3 ZPO wird auch kein anderer Gegenstand als prozessualer Anspruch verlangt, da der Antragsteller eine Entscheidung über die Erledigung des alten prozessualen Anspruchs begehrt. Dies setzt aber voraus, daß der Anspruch noch Gegenstand des Rechtsstreits ist[140]. Zu Recht hat Mössner[144] dem entgegengehalten, daß damit allein nicht gesagt werden kann, daß kein neues prozessuales Begehren entstehe. Jede Änderung des Klageantrages bedeute, gleich welcher Theorie man folge, eine Änderung des Streitgegenstandes.

5. Der ursprüngliche Antrag

Im Zivilprozeß ist umstritten, was bei zulässiger Klageänderung mit dem ursprünglichen Antrag zu geschehen hat. Bleibt er weiterhin rechtshängig, so muß er durch Klagerücknahme, Klageabweisung oder in sonstiger Weise erledigt werden. Deubner[142] begründet dies damit, daß die Einführung eines neuen Antrages in den Prozeß die Rechtshängigkeit des zunächst Begehrten nicht beseitige[143]. Der Kläger werde wegen der Kostenfolge gem. § 269 III ZPO die Klage nicht zurücknehmen, so daß in der Regel dem Gericht zwei Anträge vorliegen, wobei über den Erledigungsantrag vorrangig zu entscheiden sei. Gebe das Gericht diesem Antrag statt, stelle es also die Erledigung fest, so werde mit diesem Urteil zugleich der erste Antrag erledigt, indem die Rechtshängigkeit seines Gegenstandes beseitigt werde. Weise das Gericht jedoch den Erledigungsantrag zurück, so stehe der ursprüngliche Antrag weiterhin zur Entscheidung an[144]. Somit hilft

---

140) Schwab, a.a.O., S. 131.
141) Mössner, NJW 1970, 175 (176).
142) Deubner, NJW 1968, 848.
143) Deubner, a.a.O.
144) Mössner, NJW 1970, 175 (177).

man sich hier mit der Figur des Haupt- und Hilfsantrages.

Zu Recht ist dem aber entgegengehalten worden, Klageänderung bedeute Änderung des Streitgegenstandes[145]. Die ursprüngliche Klage sei in der neuen Gestalt zu bescheiden. Der bisherige Streitgegenstand sei in den neuen übergegangen. Damit bleibe kein Raum mehr für die Rechtshängigkeit der alten Klage[146]. Selbst wenn keine Erledigung vorliege, der ursprüngliche Antrag aber begründet gewesen sei, könne das Gericht nicht auf den ursprünglichen Klageantrag zurückgreifen. Praktische Schwierigkeiten dürften aber nicht auftauchen, da das Gericht nach § 139 ZPO in der Lage sei, den Kläger zur Stellung eines sachdienlichen Antrages zu veranlassen, also den alten Antrag erneut zu stellen[147].

Im Gegensatz zum Zivilprozeß hat der Antragsteller in der FG allein wegen der Rücknahme des ursprünglichen Antrages keine Kosten zu tragen[148], so daß er den ursprünglichen Antrag zurücknehmen wird. Wenn es um die Frage geht, ob Erledigung der Hauptsache eingetreten ist, wird der Antragsteller vorsichtshalber den alten Antrag als Hilfsantrag stellen. Anderenfalls wird das Gericht ihn gem. § 139 ZPO analog darauf hinzuweisen haben.

6. Das Feststellungsinteresse

a) Feststellung wegen der Kosten

aa) Im Zivilprozeß

Die Vertreter der Klageänderungstheorie im Zivilprozeß verlangen kein besonderes Feststellungsinteresse des Klägers

---

145) Lüke, Festschrift, S. 331.
146) Lüke, a.a.O.
147) Lüke, Festschrift, S. 333; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 7 a aa.
148) Allgem. Ansicht; vgl. Bumiller-Winkler, § 13 a Anm. 3 a aa; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 22 m.w.N.

bezüglich des Tenors, daß die Hauptsache erledigt sei[149]. Dies ergebe sich schon daraus, daß die gerichtliche Feststellung der einzige Weg sei, um den Rechtsstreit "interessengerecht" zu beenden. Das Interesse des Klägers gehe zum einen dahin, eine Klageabweisung wegen der Kostenpflicht zu vermeiden, zum anderen erhalte er bei Klagerücknahme keine materiell rechtskräftige Entscheidung, ob die Hauptsache tatsächlich erledigt ist[150].

Die Gegner der Klageänderungstheorie dagegen verneinen sowohl das Kosten- als auch das Feststellungsinteresse des Klägers. Der Antrag auf Feststellung der Erledigung habe keinen echten rechtsschutzbedürftigen prozessualen Anspruch zum Inhalt[151]: An der Feststellung eines in der Vergangenheit begründet gewesenen Anspruchs habe der Kläger nur dann ein Interesse, wenn sich aus diesem Anspruch rechtliche Wirkungen auch für die Gegenwart oder die Zukunft ergeben[152]. Zwar könne mit einer Feststellungsklage das Nichtbestehen eines Rechtes des Beklagten beantragt werden, die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtes des Klägers sei dem Zivilprozeßrecht aber unbekannt[153]. Dadurch, daß die Autoren keine Sachentscheidung in dem gerichtlichen Urteil sehen, weil kein Antrag in der Hauptsache über den Streitgegenstand begehrt werde[154], scheidet für sie ebenso das Kostenargument aus. Es bedürfe für die Verteilung der Kosten keines Endurteils über die frühere Begründetheit des Anspruchs; die Kostenentscheidung ergehe vielmehr gem. § 91 a ZPO nach dem bisherigen Sach- und Streitstand[155]. Dagegen sind Bedenken erhoben worden[156], indem hier einseitig auf Prozeßökonomie gesehen werde: Auch

---

149) BGH, NJW 1986, 588 (589); Lüke, Festschrift, S. 330; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 43; Mössner, NJW 1970, 175 (178): nur für von Anfang an unbegründete Klagen.
150) Habscheid, JZ 1963, 624 (630); Ostendorf, DRiZ 1973, 387 (388); Lüke, Festschrift, S. 330.
151) Schwab, ZZP 72, 131; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr.39
152) Göppinger, AcP 156, 476; Erledigung, S. 43 f.
153) Schwab, a.a.O., S. 132.
154) Schwab, a.a.O., S. 133.
155) Schwab, a.a.O., S. 132.
156) Deubner, JuS 1962, 214 f.

der Beklagte habe ein berechtigtes Interesse daran, daß ohne seine Einwilligung über die Prozeßkosten nicht nur aufgrund einer noch nicht abgeschlossenen Sachprüfung entschieden werde. Den kostenrechtlichen Bestimmungen der ZPO sei die Möglichkeit einer dem Beklagten nachteiligen Kostenentscheidung ohne Sachprüfung nur dann bekannt, wenn der Beklagte zustimme (§ 91 a ZPO).

bb) In der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

In der FG findet gem. § 13 a FGG in der Regel keine Kostenerstattung statt; für die Gerichtskosten bestimmt die Kostenordnung, wer Kostenschuldner ist. Ausnahmen setzt das Gericht auch ohne besonderen Antrag von Amts wegen fest. Das Erledigungsereignis wird vom Gericht eingeführt. Selbst wenn der Antragsteller die Befugnis hätte, vom Gericht prüfen zu lassen, ob sein Antrag ursprünglich berechtigt war und ob der Antragsteller z.B. die Erledigung herbeigeführt hat, entscheidet doch das Gericht gem. § 13 a FGG unter Berücksichtigung der Billigkeit und kann daher von einer Kostenentscheidung absehen. Eine vollständige Prüfung der Erledigung und ihre Feststellung im Tenor des Beschlusses würde dem Antragsteller keinen Vorteil bringen, da hiermit eine entsprechende Kostenentscheidung nicht notwendig verbunden wäre. Das Ermessen des Gerichts gem. § 13 a FGG kann nach Einführung des Erledigungsereignisses dahin ausgeübt werden, entsprechend den für die übereinstimmende Erledigungserklärung entwickelten Grundsätzen in Anlehnung an § 91 a ZPO bei streitigem Verfahrensablauf vor Erledigung eine Kostentragungspflicht auszusprechen. Dazu bedarf es aber keiner ausdrücklichen Feststellungsentscheidung. Die Feststellung der Erledigung kann auch in den Gründen eines den Antrag ablehnenden Beschlusses enthalten sein, worin sich das Gericht mit den Fragen der Billigkeit bezüglich des Kosten-

ausspruchs auseinandersetzen muß[157].

Gleiches gilt für die echten Streitsachen, für die ebenfalls die Ermessensvorschrift des § 13 a FGG anwendbar ist. Im Gegensatz zum Zivilprozeß ist die Kostenfrage nicht an das Obsiegen im Streit über die Frage der Erledigung gebunden, so daß bei einer die Erledigung feststellenden Entscheidung kein Anspruch des Antragstellers auf eine entsprechende Kostenentscheidung besteht.

Das Kostenargument kann daher kein Feststellungsinteresse begründen.

b) Feststellung wegen materieller Rechtskraft

Die Inzidentwirkung der materiellen Rechtskraft könnte insofern das Feststellungsinteresse begründen, als der Antragsteller vor einer erneuten Inanspruchnahme wegen desselben Sachverhalts geschützt wird.

aa) Rechtsfürsorgeverfahren

Entfaltet ein Beschluß in der FG keine Rechtskraftwirkung, so fehlt es grundsätzlich am Interesse, die Rechtswidrigkeit der Entscheidung nach Eintritt des erledigenden Ereignisses im gleichen Verfahren feststellen zu lassen. Denn die Rechtswidrigkeit kann jederzeit unabhängig von einer förmlichen Aufhebung der Entscheidung nachgewiesen werden[158]. Zur Lösung abstrakter Rechtsfragen, die für den Antragsteller keine Bedeutung haben und nur von theoretischem Interesse sein können (z.B. auch für einen späteren Schadensersatzpro-

---

157) Insoweit entspricht die Lage in der FG der oben erwähnten Auffassung von Schwab, ZZP 72, 127 (140), der im Zivilprozeß ebenfalls dem Kläger kein Rechtsschutzinteresse zubilligt, weil das Gericht ohnehin gem. § 91 a ZPO nach bisherigem Sach- und Streitstand entscheidet, also ohne weitere vollständige Aufklärung, wie sie etwa bei § 91 ZPO notwendig wäre.

158) Gottwald, NJW 1976, 2251 (2252).

zeß), ist das Gericht nicht befugt[159]. Nicht rechtskräftige Feststellungsentscheidungen sind daher für den Antragsteller wertlos.

Auch das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren[160] dient grundsätzlich nicht dazu, subjektive Ansprüche durchzusetzen, sondern unter Abgrenzung der Kompetenzen der Beteiligten, den Betriebsfrieden zu bewahren[161], mithin Rechtsverhältnisse zu klären. Dabei wird das Rechtsschutzbedürfnis auch bei Erledigung der Hauptsache, z.B. durch Zeitablauf, großzügiger als im Zivilprozeß gesehen[162]. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht zwar nicht für die Lösung abstrakter Rechtsfragen oder Erstellung von Rechtsgutachten[163], es ist aber schon gegeben, wenn eine nicht nur geringe Wahrscheinlichkeit besteht, daß sich gleichartige Vorgänge in Zukunft wiederholen[164]. Da auch in der FG der andere Beteiligte antragsberechtigt sein kann, muß ebenfalls wegen der Dauerwirkung der Rechtsverhältnisse insoweit der Antragsteller befürchten, wegen desselben Sachverhalts erneut in Anspruch genommen zu werden. Wenn aber im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren sogar die Rechtsfrage entschieden werden soll, muß das Rechtsschutzbedürfnis erst recht für die bloße Feststellung der Erledigung bestehen, wenn die Entscheidung abschließend ist und rechtskräftig wird.

Maßgeblich ist daher, ob solche Feststellungsentscheidungen in der FG in materielle Rechtskraft erwachsen.

---

159) Vgl. auch die einhellige Ansicht zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse in der FG (s.o., S. 118 f.):
160) Dazu grundsätzlich Körnich, S. 27 ff.
161) Lepke, DB 1975, 1983 (1940); BAGE 3, 288; anderer Ansicht: Grunsky, ArbGG, § 80 Rdnr. 3.
162) Lepke, a.a.O., auch unter Hinweis auf Entscheidungen, das Zivilprozeßrecht betreffend (a.a.O., FN 28 und 29).
163) Wegen der Kosten nicht (aufgrund der Gebühren- und Auslagenfreiheit gem. § 12 V ArbGG).
164) Lepke, a.a.O., m.w.N. aus der Rechtsprechung des BAG.

bb) Streitverfahren

In den echten Streitverfahren liegen die Interessen anders: Es geht um das subjektive Recht des Antragstellers, das vom Antragsgegner verneint wird. Nach Eintritt des Erledigungsereignisses bestreitet der Antragsgegner zudem, daß eine Erledigung eingetreten ist, er beantragt also weiterhin die Feststellung, daß dem Antragsteller das subjektive Recht nicht zustehe. Gegen diesen Antrag des anderen Beteiligten muß der Antragsteller vorgehen können, indem er rechtskräftig gegenüber dem Antragsgegner feststellen läßt, daß dieses Recht bestanden hat und nur durch das Erledigungsereignis untergegangen ist.

7. Rechtskraft der feststellenden Entscheidung

a) Das allgemeine Rechtskraftproblem in der FG

Im Zivilprozeß hat die materielle Rechtskraft die Aufgabe, eine endgültige Befriedung der Parteien zu erreichen, ein Lebensverhältnis "ein für allemal" abschließend durch eine gerichtliche Entscheidung zu fixieren[165]. Durch die materielle Rechtskraft soll der Inhalt der formell rechtskräftigen und unabänderlichen Entscheidung maßgeblich sein[106]. Dabei ist im Zivilprozeß umstritten, ob damit jede neue Verhandlung und Entscheidung über denselben Gegenstand unzulässig ist[167], oder ob sie nur in einem neuen Verfahren keine Entscheidung mit abweichendem Inhalt erlaubt[168]. Jedenfalls steht sie jeder neuen Entscheidung über denselben Verfahrensgegenstand entgegen; als Vorfrage in einem anderen Verfahren ist sie bindend.

---

165) Rosenberg-Schwab, § 152 I; Jauernig, § 62 I; Thomas-Putzo, § 322 Anm. 1.
166) Zöller-Vollkommer, Vor § 322 Rdnr. 3.
167) Herrschende Meinung: Rosenberg-Schwab, § 152 IV; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322 III 5 b, c; Thomas-Putzo, § 322 Anm. 3 b bb; BGH, NJW 1983, 2032; BGHZ 34, 337 (339); BGHZ 36, 365 (367).
168) Blomeyer, § 88 III 2; BGHZ 4, 314 (321).

Das FGG und seine Nebengesetze enthalten keine allgemeinen Bestimmungen zur materiellen Rechtskraft; wo von Rechtskraft die Rede ist, ist die formelle gemeint[169]. Es ist streitig, ob die Annahme einer materiellen Rechtskraft mit dem Wesen der FG überhaupt vereinbar ist.

Früher wurde sie teils grundsätzlich verneint[170], teils weitgehend bejaht[171]. Heute will eine Meinung nur für Streitsachen wegen ihrer Verwandtschaft mit dem Zivilprozeß die Rechtskraft anerkennen[172]. Die materielle Rechtskraft könne in der FG nicht die Funktion erfüllen wie im Zivilprozeß: Das Verfahren komme dadurch nicht zum Abschluß. Denn eine auf die Beteiligten beschränkte Rechtskraft kann nicht verhindern, daß von anderer Seite, die bisher am Verfahren weder materiell noch formell beteiligt war, die erledigte Angelegenheit wegen des fehlenden Zwei-Parteien-Prinzips von neuem aufgerollt wird[173]. Dabei ist jedoch zu bedenken, daß in aller Regel Entscheidungen getroffen werden, die Rechtsverhältnisse der Beteiligten gestalten. Diese haben auch im Zivilprozeß Gestaltungswirkung inter omnes, sind also nicht auf die am Verfahren Beteiligten beschränkt[174]. Die Rechtssicherheit erfordert also nicht[175] das Vorhandensein subjektiver Rechte.

---

169) Bärmann, § 22 I 1.
170) Schlegelberger, 6. Aufl., § 16 Anm. 8; Münzel, NJW 1952, 721 (723): Die Verfügung der FG werde "wirksam", d.h. wirke auf die materielle Rechtslage ein, die Wirkung der materiellen Rechtskraft liege dagegen auf prozessualem Gebiet.
171) Siegert, ZZP 54, 435 (440): "sichert die erforderliche Stetigkeit".
172) Schlegelberger, § 16 Anm. 8; Habscheid, § 28 II 7; OLG Hamm, DNotZ 1953, 201.
173) Habscheid, § 28 II 6.
174) Auch nach der h.M., die die prozessuale Rechtskrafttheorie vertritt (Rosenberg-Schwab, § 152 IV 1; Thomas-Putzo, § 322 Anm. 3 b bb; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Vor § 322 Anm. 2 B), wirkt das rechtskräftige Urteil ausnahmsweise bei Gestaltungsurteilen auf das materielle Recht ein (Zöller-Vollkommer, Vor § 322 Rdnr. 17).
175) Entgegen Habscheid, § 28 III 2 b.

Die heute herrschende Meinung nimmt wegen der Verschiedenheit der Materien einen differenzierenden Standpunkt ein. Sie entscheidet von Fall zu Fall, ob ein Bedürfnis nach endgültiger Regelung in der entschiedenen Rechtsfrage besteht[176]. Der Zweck der materiellen Rechtskraft in der FG sei es, die Maßgeblichkeit der getroffenen Regelung für die Zukunft zu sichern. Inwieweit dafür ein Bedürfnis bestehe, sei durch Abwägung der jeweils im Einzelfall maßgeblichen Prinzipien zu ermitteln[177]. Wo im Ergebnis das Interesse am Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit größer erscheine als das meist auf das öffentliche Fürsorgebedürfnis zurückgehende Interesse an individueller Gerechtigkeit und ständiger Möglichkeit zur Fehlerkorrektur, sei danach eine materielle Rechtskraft anzuerkennen[178]. Sie werde in den Fällen, in denen die öffentlichen Interessen überwiegen, zu verneinen sein, während besondere Gründe, etwa Rücksichten auf die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, die Notwendigkeit einer einmaligen Entscheidung und damit der Rechtskraft erfordern können[179]. Infolgedessen hat sich eine fast unübersehbare Kasuistik herausgebildet[180].

b) Streitverfahren

Heute allgemeine Meinung ist, daß Entscheidungen in Streitverfahren der FG in materielle Rechtskraft erwachsen[181]. Jeder Streit um (behauptete) subjektive Rechte müsse endgültig entschieden werden, damit Rechtsfrieden und Rechtssicherheit gewährleistet seien[182]. Wegen der Parallele zum

---

176) Bärmann, § 22 I 3; Keidel-Kuntze-Winkler, § 31 Rdnr. 19; im Ergebnis auch Baur, § 25; BGHZ 6, 248 (258), z.B. für LwVG; Jansen, § 31 Rdnr. 10 mit Einzelfällen in Rdnr. 12.
177) Bärmann, a.a.O.; Baur, § 25; Keidel-Kuntze-Winkler, § 31 Rdnr. 18.
178) Bärmann, a.a.O.
179) Keidel-Kuntze-Winkler, § 31 Rdnr. 19.
180) Vgl. z.B. Keidel-Kuntze-Winkler, § 31 Rdnr. 20 ff.
181) Habscheid, § 28 IV 1; Baur, § 25 II 1; Bärmann, § 22 III 1; Jansen, § 31 Rdnr. 10.
182) Baur, § 25 II 1; Habscheid, § 28 IV 1.

Zivilprozeß ist der Gegenmeinung[183] entgegenzutreten, wonach das öffentliche Interesse an einer richtigen Entscheidung gegen die Annahme der materiellen Rechtskraft spreche; unrichtige Verfügungen müßten aufgehoben werden, weil der Gesetzgeber das Verfahren der Untersuchungsmaxime unterstellt habe.

c) Rechtsfürsorgeverfahren

Nach der herrschenden differenzierenden Meinung (s.o.) wäre für jede Entscheidung zu prüfen: Dient die Entscheidung der Sicherheit der getroffenen Regelung für die Zukunft mit maßgeblichem Interesse an Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, dann wäre materielle Rechtskraft anzunehmen. Steht jedoch die individuelle Gerechtigkeit und das öffentliche Interesse an ständiger Überprüfbarkeit im Vordergrund, wäre eine materielle Rechtskraft abzulehnen[184]. Um eine allzu unübersichtliche Kasuistik zu vermeiden, ist es nach Bärmann[185] sinnvoll, Fallgruppen zu bilden. Für die hier interessierende Feststellungsentscheidung wird geprüft, ob der Antrag berechtigt war und durch das Erledigungsereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist. Sie bezieht sich daher nur auf Vergangenheit und Gegenwart, weist jedoch nicht in die Zukunft.

In sachlicher Hinsicht schließt die Rechtskraftwirkung nur ein neues Verfahren über denselben Verfahrensgegenstand aus. Der Verfahrensgegenstand wird gebildet durch Sachverhalt und Rechtsschutzbegehren[186]. Bei gleichbleibendem Sachverhalt darf dieselbe Rechtsfrage nicht neu geprüft werden. Dabei gehören nach herrschender Meinung zum gleichbleibenden Sachverhalt alle im Zeitpunkt der ersten Entscheidung objektiv vorhandenen Tatsachen, auch diejenigen, die dem Gericht

---

183) Vor allem Schlegelberger, 7. Aufl., § 16 Anm. 8.
184) Nach Bärmann, § 22 I 3.
185) Bärmann, § 22 III 2.
186) S.o., S. 138 ff.

nicht bekannt waren[187]. Nicht mehr derselbe Sachverhalt und somit nicht mehr derselbe Verfahrensgegenstand liegt vor, wenn sich die entscheidungserheblichen Umstände nachträglich wesentlich ändern[188]. Bei einer Veränderung der Umstände tritt also keine Sperre für die Beteiligten ein, den Antrag[189] erneut zu stellen. Die Beteiligten sollen nur mit Anträgen wegen desselben Sachverhaltes ausgeschlossen werden. Insoweit besteht kein Bedürfnis daran, die Feststellungsentscheidung ständig neu überprüfen zu können.

Dabei ist zu beachten, daß eine materielle Rechtskraft nur zwischen den formell Beteiligten wirken kann[190]. Ein übersehener materiell Beteiligter könnte daher das Verfahren wieder aufrollen. Habscheid[191] meint deshalb, daß es insofern auch keine materielle Rechtskraft gebe, da der endgültige Abschluß des Verfahrens nicht erreicht werden könne. In der Regel wird aber der Kreis der Beteiligten überschaubar bleiben. Die Antragsberechtigten, die das Verfahren erneuern könnten, sind relativ bestimmbar, so daß die Gefahr, daß bisher Unbeteiligte ihrerseits einen Verfahrensantrag stellen könnten, recht gering ist.

Weiterhin gilt, daß die Erledigungsentscheidung eine Feststellung wäre, keine Gestaltung. Gestaltung ist von materieller Rechtskraft grundsätzlich verschieden. Gestaltung bedeutet, mit konstitutiver Wirkung eine neue Rechtslage zu schaffen; Feststellung jedoch, deklaratorisch mit materieller Rechtskraft eine Rechtslage festzustellen, die ohnehin schon vorhanden ist[192]. Zwar beendet erst die gerichtliche

---

187) Bärmann, § 22 I 4 b; Baur, § 25 II 2 b; anderer Ansicht: Habscheid, § 28 I 3: nur die bekannten Tatsachen, für die nicht bekannten trete Präklusion ein, soweit sie von den Beteiligten schuldhaft nicht vorgetragen seien.
188) Baur, § 25 I 4 b.
189) Etwa wegen erneuter Trennung gem. § 1672 BGB.
190) Analog § 325 ZPO; Bärmann, § 22 I 4 a; KG, NJW 1958, 389; Keidel-Kuntze-Winkler, § 31 Rdnr. 22 b.
191) Habscheid, § 28 II 6.
192) Habscheid, § 28 II 2.

Entscheidung die Rechtshängigkeit, dies ist aber nur eine Nebenwirkung des tatsächlichen Ereignisses, der Erledigung der Hauptsache. An diesem Ereignis können keine künftigen Entwicklungen mehr etwas ändern, da alle die Entscheidung tragenden Tatsachen vorliegen. Nachträglich bekannt gewordene Tatsachen bleiben unberücksichtigt, weil sie den Verfahrensgegenstand verändern. Dann würde ein neues Verfahren möglich sein, nicht jedoch mehr das alte fortgesetzt werden können.

Als eine Fallgruppe im Sinne Bärmanns für die Anerkennung materieller Rechtskraft[193] könnte daher die Feststellung der derzeitigen Erledigung zwischen den formell Beteiligten des Verfahrens angesehen werden[194].

d) Allgemeine Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft in der FG

aa) Formelle Rechtskraft

Materielle Rechtskraft setzt grundsätzlich formelle Rechtskraft voraus. Nur wenn die Entscheidung nicht mehr durch Rechtsmittel angreifbar ist, kann der Inhalt der Entscheidung für die Beteiligten bindend feststehen.

Formell rechtskräftig werden in der FG grundsätzlich[195] nur Entscheidungen, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind. Dies sind zwar alle wesentlichen, rechtsgestaltenden Entscheidungen, aber gerade für sie ist umstritten, ob sie in materielle Rechtskraft erwachsen können, weil bei rechtsgestaltenden Entscheidungen das Bedürfnis besteht, diese auch in Zukunft wegen Fehler abändern zu können[196].

---

193) Bärmann, § 22 I 3 und § 22 III 2.

194) So aber auch nach Bumiller-Winkler, § 31 Anm. 3: Materielle Rechtskraft kann es im allgemeinen nur geben, wenn, wie im Zivilprozeß, eine feststellende Entscheidung über streitige Rechtsverhältnisse ergeht.

195) Neben der Erschöpfung des Rechtsweges bei einfacher Beschwerde.

196) Jansen, § 31 Rdnr. 9.

Rechtsgestaltung in der FG bedeutet nur, daß eine neue Rechtslage konstitutiv geschaffen wird, die verbindlich ist für die Beteiligten, solange sie besteht[197]. Sie schützt aber nicht dagegen, daß der durch die erste Entscheidung geschaffene Zustand durch eine neue, abweichende Entscheidung wieder umgestaltet wird[198]. In der Gestaltung ist zugleich die Feststellung enthalten, daß die Rechtsgestaltung auch zu Recht erfolgt[199] und in materielle Rechtskraft erwachsen ist. Nur dadurch ist die Gefahr eines Widerspruchs durch eine inhaltlich abweichende zweite Entscheidung gebannt. Durch neue Tatsachen ändert sich der Verfahrensgegenstand, so daß das Gericht durch das "ne bis in idem" der früheren Entscheidung nicht gehindert ist. Das Gericht kann für die Zukunft neu gestalten, wobei für die Vergangenheit materiell rechtskräftig feststeht, daß die Rechtsgestaltung zu Recht erfolgt war.

bb) Unabänderbarkeit

Zusätzlich zur formellen Rechtskraft muß die Unabänderbarkeit der gerichtlichen Entscheidung hinzutreten, denn grundsätzlich hat die formelle Rechtskraft (d.h. kein Rechtsmittel mehr gegeben) nicht zur Folge, daß die Abänderungsbefugnis gem. § 18 FGG ausgeschlossen wird[200]. Zu Recht weist jedoch Jansen[201] darauf hin, daß die formelle Rechtskraft nur in dem Sinne die Verfügung unangreifbar macht, daß sie von der höheren Instanz nicht mehr geändert werden kann, sie

---

197) Bärmann, § 22 II 2 b; Habscheid, § 27 III 6.
198) Bärmann, a.a.O.
199) Bärmann, a.a.O.
200) Heute herrschende Meinung: Baur-Wolf, Kap. 4 III 1 b dd: Abänderbarkeit durch erstinstanzliches Gericht nicht ausgeschlossen; Lüke, JuS 1979, 863, (866): Wenn schon vor Eintritt der formellen Rechtskraft die Abänderung ausgeschlossen ist, dann erst recht nach deren Eintritt. Jansen, § 18 Rdnr. 3; Keidel-Kuntze-Winkler, § 18 Rdnr. 23: Ausnahme entsprechend der Beschwerdeverwirkung; anderer Ansicht: Bärmann, § 21 III 3 c: Die formelle Rechtskraft soll nach ihrem Sinn und Zweck das Verfahren abschliessen, somit könne auch eine Fortsetzung dieses Verfahrens durch das erkennende Gericht nicht möglich sein.
201) Jansen, § 18 Rdnr. 3.

besagt aber nichts darüber, ob die formell rechtskräftige Entscheidung noch von dem entscheidenden (unteren) Gericht geändert werden kann. Über die Abänderung entscheidet § 18 FGG. Wie formell noch nicht rechtskräftige Verfügungen bereits unabänderlich sein können (§ 18 I FGG), so können andererseits unanfechtbare Verfügungen[202], die mit Erlaß formell rechtskräftig werden, nach § 18 I FGG geändert werden, ebenso, wenn auf das unbefristete Beschwerderecht verzichtet wird oder der Rechtsweg erschöpft ist.

Somit muß neben die formelle Rechtskraft die Unabänderbarkeit treten, wenn auch für die Hauptmasse der Fälle wegen der sofortigen Beschwerde und damit formeller Rechtskraft die Unabänderbarkeit gesetzlich festgelegt ist (§ 18 II FGG).

e) Sofortige Beschwerde gegen die Feststellungsentscheidung

Die Entscheidung des Gerichts, die die Erledigung der Hauptsache feststellt, erwächst zumindest dann in materielle Rechtskraft, wenn sie nur mit sofortiger Beschwerde angreifbar ist. Diese Besonderheit schließt die formelle Rechtskraft und Unabänderbarkeit ein (§ 18 II FGG).

aa) Keine Abhängigkeit von der Entscheidung zur Hauptsache
Würde sich die formelle Rechtskraft und Unabänderbarkeit der Entscheidung über die Feststellung der Erledigung nach der an sich beabsichtigten Sachentscheidung, der Regelung und Gestaltungsverfügung, richten, so würde die Feststellungsentscheidung je nach Materie in Rechtskraft erwachsen. Das kann nicht richtig sein, da materielle Rechtskraft von anderen Kriterien abhängt, nämlich ob die Regelung im Interesse der Beteiligten und der Allgemeinheit schnell verbindlich werden soll[203]. Ebenso wird in der Entscheidung der Streitverfahren der FG zwar über subjektive Rechte entschieden, nicht

---

202) Z.B. §§ 44 a II, 56 a I 2 FGG.
203) Z.B. elterliche Sorge, Bestellung des Testamentsvollstreckers usw.

aber in der Feststellung der Erledigung. Aber auch diese Feststellung der Erledigung erwächst im Zivilprozeß in materielle Rechtskraft, da es eine Sachentscheidung ist. Man wird sich also von der jeweiligen speziellen Materie lösen müssen und übergeordnet für alle Bereiche prüfen müssen, ob die Feststellung der Erledigung in materielle Rechtskraft erwächst. So ist darauf hinzuweisen, daß der differenzierende Standpunkt der herrschenden Meinung in der Frage der materiellen Rechtskraft unterscheidet, ob ein Bedürfnis nach endgültiger Befriedung in der entschiedenen Rechtsfrage besteht[204]. Entschiedene Rechtsfrage des "Erledigungsstreites" aber ist, ob die Erledigung eingetreten ist. Diese Frage stellt sich in allen Verfahren gleich, so daß die materielle Rechtskraft nicht davon abhängen kann, ob Entscheidungen zur Hauptsache rechtskräftig werden.

bb) Keine gesetzlich geregelte sofortige Beschwerde

Grundsätzlich sind alle Entscheidungen, gegen die sofortige Beschwerde möglich ist, im Gesetz abschließend geregelt; die Regelbeschwerde ist die einfache Beschwerde; die sofortige Beschwerde ist als Ausnahme gekennzeichnet. Jedoch ist aus § 60 I Nr. 6 FGG der allgemeine Grundsatz zu entnehmen, daß überall dort, wo das Wirksamwerden der Entscheidung an die Rechtskraft geknüpft wird, die sofortige Beschwerde gegeben ist[205]. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist daher nicht zu schließen, daß gegen nicht geregelte Endentscheidungen die sofortige Beschwerde ausgeschlossen sein soll. Eine solche Endentscheidung, die nicht gesetzlich geregelt ist, ist z.B. die Ablehnung des Antrages wegen Unzulässigkeit. Diese Entscheidung ist mit der unbefristeten Beschwerde anfechtbar[206]. Hat die anzufechtende Entscheidung nicht den vom Gesetz für die Befristung des Rechtsmittels vorausgesetzten sachlichen Inhalt, sondern lehnt das Gericht ein Tätigwerden aus verfahrensrechtlichen Gründen ab, so ist die unbefriste-

---

204) Bärmann, § 22 I 2 d; S.o., S. 153.
205) Habscheid, § 33 II 3.
206) Jansen, § 22 Rdnr. 3; Keidel-Kuntze-Winkler, § 22 Rdnr. 4; KG, FamRZ 1960, 239 (240).

te einfache Beschwerde gegeben[207].

cc) Sachentscheidung, um baldmöglichst Klarheit zu erzielen

Im Unterschied zu diesem Fall aber handelt es sich bei der Feststellung der Erledigung um eine Sachentscheidung, und zwar um eine Endentscheidung[208]. Die sofortige Beschwerde kann nur für solche endgültigen Sachentscheidungen vorgeschrieben werden[209], wie die gesetzlich geregelten Fälle zeigen. Die mit sofortiger Beschwerde anfechtbare Sachentscheidung hat in der Regel Angelegenheiten zum Gegenstand, durch welche die Rechtsverhältnisse der Beteiligten in bestimmter Weise geordnet werden und die deshalb möglichst bald abschließend geregelt werden müssen[210]. Gerade in den Fällen der Erledigung muß möglichst rasch darüber Klarheit gewonnen werden, ob die Erledigung tatsächlich eingetreten ist, denn damit entfallen die Voraussetzungen für ein gerichtliches Eingreifen in Form einer sachlichen Regelung der Rechtsverhältnisse. Da die Beteiligten antragsberechtigt sind, haben sie auch ein Anrecht darauf zu erfahren, ob der Grund für die beabsichtigte Regelung entfallen ist. Gegebenenfalls müssen sie Rechtsmittel einlegen, so daß dann in zweiter Instanz festgestellt wird, daß keine Erledigung eingetreten ist. Mit dem Widerspruch gegen die Erledigungserklärung haben die anderen Beteiligten gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß sie den Sachverhalt nach wie vor für regelungsbedürftig halten. Sie selbst hätten das Verfahren auch einleiten können, so daß ihre Ansicht nicht vom Gericht vernachlässigt werden darf. Würde man lediglich eine einfache Beschwerde annehmen, könnte der andere Beteiligte die Angelegenheit lange in der Schwebe halten, um dann schließlich in zweiter Instanz feststellen zu lassen, daß keine Erledigung eingetreten und der Sachverhalt doch regelungsbedürftig gewesen ist.

---

207) Jansen, a.a.O.
208) S.o., "Sachurteil" im Zivilprozeß.
209) Bumiller-Winkler, § 22 Anm. 1.
210) Lüke, JuS 1979, 863 (866); KG, FamRZ 1960, 239 (240); Schlegelberger, § 22 Anm. 1.

Möglicherweise hat aber bis dahin der ursprüngliche Antragsteller im Vertrauen auf die Erledigung seine Dispositionen getroffen bzw. kann jetzt aufgrund des Zeitablaufs in eine schwierige Situation kommen, seine Vorstellungen durchzusetzen, weil z.B. Beweismittel verloren gehen. Während aus gleichem Grunde die Antragsrücknahme von der Zustimmung der anderen Beteiligten abhängig zu machen ist, damit sich die Beteiligten einrichten können und nicht später noch einmal mit demselben Verfahren überzogen werden, ist hier wiederum der Antragsteller zu schützen.

Somit wird man wegen des Bedürfnisses nach möglichst rascher und abschließender Sachentscheidung eine sofortige Beschwerde annehmen können. Entscheidungen, gegen die die sofortige Beschwerde möglich ist, werden formell rechtskräftig und sind nicht abänderbar (§ 18 II FGG). Sie erwachsen daher auch im Hinblick auf die Ausführungen zur fehlenden dauernden Überprüfungsmöglichkeit in materielle Rechtskraft.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, daß eine die Erledigung feststellende Entscheidung in materielle Rechtskraft erwächst. Damit steht gleichzeitig das Feststellungsinteresse des Antragstellers fest, da er gegenüber den anderen Beteiligten verbindlich klären lassen kann, daß die Erledigung eingetreten ist.

V. Sonderfall "Erledigung von Rechtshängigkeit?"

Im Zivilprozeß ist streitig, ob der Kläger auch dann im Wege der Klageänderung die Feststellung der Erledigung der Hauptsache beantragen kann, wenn sich die Hauptsache nach Anhän-

gigkeit, aber vor Rechtshängigkeit erledigt hat[211].

Der BGH[212] hat in seiner grundlegenden Entscheidung zu diesem Problem ausgeführt, daß es vor Zustellung der Klage kein Prozeßverhältnis und damit keine Hauptsache gebe; es sei kein Rechtsstreit im Sinne der ZPO vorhanden. Ein Ereignis, das eine Partei daran hindere, die Sachentscheidung des Gerichts herbeizuführen, sei kein erledigendes Ereignis. Prozeßwirtschaftliche Überlegungen müßten außer Betracht bleiben[213].

Man wird den BGH so zu verstehen haben, daß mit Hauptsache im Sinne der Erledigungsproblematik der Streitgegenstand gemeint ist[214]. Das führt aber für die FG dazu, daß die vom BGH gemachte zeitliche Einschränkung bis zur Rechtshängigkeit nicht für die FG übernommen werden kann: Der Verfahrensgegenstand ist in den Rechtsfürsorgeangelegenheiten unabhängig davon, ob eine Antragsschrift oder ein Eröffnungsbeschluß anderen Beteiligten zugestellt wird. Entscheidend ist allein die Rechtsschutzbitte an das Gericht, so daß der Zeitpunkt der Übersendung an andere Beteiligte unerheblich ist.

Anders könnte dies allenfalls in den echten Streitverfahren sein. Dazu hat das OLG Köln[215] ausgeführt, daß auch inso-

---

211) Bejahend: KG, OLGZ 1980, 241 f; OLG Hamm, MDR 1982, 854 (854); Rosenberg-Schwab, § 133 I; Blomeyer, NJW 1982, 2750 (2753); Reinelt, NJW 1974, 344 (345): Bek'agter hat Veranlassung gegeben: Rixecker, ZZP 96, 505 (510): Auf den Sinn der Erledigungserklärung bezogen, daß der Kläger sich ohne Kostentragung aus dem Prozeß zurückziehen können muß.
Verneinend: BGHZ 83, 12 ff = NJW 1982, 1598; OLG Celle, OLGZ 1965, 178 (180); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 2 A b, c; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 7 a bb; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 11; Ulmer, MDR 1981, 974 (976); Ostendorf, DRiZ 1978, 387 (388); [illegible]kommer, § 91 a Rdnr. 40.

212) BGH, NJW 1982, 1598 f.

213) BGH, a.a.O., S. 1599.

214) Linke, JR 1984, 48 (49).

215) OLG Köln, FamRZ 1983, 1262 f.

fern die Grundsätze der BGH-Entscheidung nicht anwendbar sind. Da das Gericht auf Grund Ermessens gem. § 13 a FGG nach den besonderen Umständen des Falles (Billigkeit) eine Kostenerstattung anordnen könne, unabhängig vom Obsiegen bzw. Unterliegen, sei auch bei einem von Anfang an unbegründeten Antrag eine Kostenerstattung im Regelfall zu verneinen. Die Billigkeitsentscheidung gelte gleichermaßen für von Anfang an unbegründete als auch im Laufe des Verfahrens (vor oder nach Bekanntgabe des Antrages an den Antragsgegner) sich erledigende Sachen. § 13 a FG gebe dem Gericht die Möglichkeit, bei der Kostenentscheidung ungeachtet des Zeitpunkts der Erledigung zu berücksichtigen, ob hinreichender Anlaß zur Verfahrenseinleitung gegeben wurde[216].

Dem ist zuzustimmen, da auch hier die Grundgedanken der §§ 91, 91 a ZPO[217] nicht anwendbar sind: Da noch keine Zustellung erfolgte, konnte es noch keinen Streit geben, so daß auf ein evtl. Obsiegen nicht abgestellt werden kann. Dementsprechend sind die Grundsätze der BGH-Entscheidung für die Erstattung der Kosten[218] hier nicht anwendbar[219].

VI. Anwendung auf die Beispielsfälle (S. 24 ff.)

Die Möglichkeit der Abgabe wirksamer einseitiger Erledigungserklärungen ergibt für die Beispielsfälle folgendes:

Im Feststellungsverfahren zur Hoferbfolge könnte der Antragsteller, der für sich in Anspruch genommen hat, Hoferbe geworden zu sein, durch das Gericht rechtskräftig feststellen

---

216) OLG Köln, a.a.O.
217) Vgl. oben, S. 94.
218) Dazu Sannwald, NJW 1985, 898 ff.
219) Gleiches gilt auch für eine "Erledigung vor Anhängigkeit", d.h. vor Einreichung der Antragsschrift bei Gericht. Im Zivilprozeß wird allgemein die einseitige Erledigungserklärung nicht für zulässig gehalten, vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 91 a Rdnr. 11; anderer Ansicht: Reinelt, NJW 1974, 344 (346), im Gegensatz zur übereinstimmenden Erledigungserklärung, da bei letzterer das erledigende Ereignis vom Gericht nicht geprüft wird.

lassen, daß die Hofstelle ihre Hofeigenschaft i.S.d. § 1 III HöfeO verloren hat. Dadurch würden weitere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Beteiligten vermieden, z.B. ob ein Hof vorliegt gem. § 11 I a HöfeVfO. Dieselbe Befugnis hätte auch jeder andere Beteiligte, der seinerseits geltend gemacht hat, Hoferbe geworden zu sein.

Auch für die streitenden Erben im Erbscheinsverfahren gilt, daß durch die rechtskräftige Feststellung, daß sich die Hauptsache aufgrund des später aufgefundenen Testaments erledigt hat, weiterer Streit, etwa über die Gültigkeit dieses Testaments, vermieden würde.

Im Streit über die Nutzung des Sondereigentums nach dem WEG haben die Beteiligten z.B. eine rechtskräftige Entscheidung darüber, daß der Eigentümer auf die beabsichtigte Nutzung verzichtet hat (erledigendes Ereignis), was ihm bei späteren Zuwiderhandlungen entgegengehalten werden könnte. Alle anderen Beteiligten erhalten die entsprechende Sicherheit, daß die beabsichtigte Nutzung (etwa als Gewerberaum) nicht mehr erfolgt, auch wenn der Antragsgegner z.B. nur gegenüber dem Verwalter, nicht aber gegenüber allen Eigentümern, auf diese Nutzung verzichtet hätte.

Für alle Verfahren gilt, daß der feststellende Beschluß mit der entsprechenden Kostenentscheidung zulasten desjenigen endet, der das erledigende Ereignis bestreitet.

§ 6 DIE ERLEDIGUNGSBEFUGNIS

Nachdem feststeht, daß es in den Antrags- und Streitverfahren der FG eine einseitige und eine übereinstimmende Erledigungserklärung von Beteiligten geben kann, ist nun zu untersuchen, wer von den am Verfahren Beteiligten berechtigt ist, eine solche wirksame Erledigungserklärung abzugeben. Es sind die Beteiligten auszugrenzen, denen keine schützenswerten Interessen zustehen. Aus Praktikabilitätsgründen ist zu bedenken, daß der Kreis der Erklärungsberechtigten wegen der Übersichtlichkeit möglichst klein gehalten werden soll, ohne jedoch Verfahrensrechte abzuschneiden. In der FG stehen wegen der möglichen Rechtsbeeinträchtigung, anders als im Zivilprozeß mit dem formellen Parteibegriff, die Beteiligten nicht von Anfang an fest. Somit ist weiterhin zu überlegen, ob Beteiligte, die noch nicht am Verfahren teilnehmen, vom Gericht hinzugezogen werden müssen, um ihrerseits zur Erledigung Stellung nehmen zu können.

I. Der Beteiligtenbegriff der FG

1. Formelle und materielle Beteiligung

Jede Verfahrensordnung braucht eine Bestimmung der Verfahrenssubjekte. Diese müssen die Möglichkeit haben, behauptete oder vermutete Rechte klären oder regeln zu lassen. Damit sind sie zu unterscheiden von anderen im Verfahren herangezogenen Personen wie Zeugen oder Auskunftspersonen[1]. Aus dieser Stellung als Verfahrenssubjekt leitet sich die Möglichkeit ab, sich am Verfahren zu beteiligen und bestimmte Verfahrensrechte auszuüben[2].

Das FGG kennt keine Parteien im formellen Sinn, sondern nennt die Verfahrenssubjekte "Beteiligte", ohne diesen Begriff

---

1) Bärmann, § 8 I.
2) Z.B. Antragsberechtigung: §§ 1587 e III 3 BGB; § 2368 III BGB; § 16 VerschG; Beschwerdebefugnis: § 20 FGG, § 53 b FGG (Mitwirkung des Rentenversicherungsträgers); § 126 FGG (Mitwirkung der Industrie- und Handelskammer).

näher zu definieren.

Formell Beteiligter ist jede Person, die zur Wahrung ihrer wirklichen oder vorgeblichen Rechte am Verfahren tatsächlich teilnimmt, gegen die sich das Verfahren richtet oder die später vom Gericht zugezogen wird[3].
Materiell Beteiligte sind die Personen, deren Rechte und Pflichten durch das Verfahren unmittelbar beeinflußt werden können[4].
Welcher der Beteiligtenbegriffe jeweils anzuwenden ist oder auch in Mischformen, ist schon nach den wenigen gesetzlichen Regeln des FGG nicht einheitlich festgelegt. So kann § 13 FGG nur den formell Beteiligten betreffen, denn nur wer im Verfahren auftritt, bedarf der Hilfe eines Beistandes. § 6 FGG kann nach Sinn und Zweck nur den materiell Beteiligten meinen, denn das zur richterlichen Entscheidung notwendige innere Unbeteiligtsein ist nicht nur dann gefährdet, wenn der Richter formell am Verfahren beteiligt ist, sondern ebenso dann, wenn ihm nahestehende Personen an der Entscheidung interessiert sind[5]. Demgegenüber stellt § 16 I FGG auf einen Beteiligten ab, der sowohl formell als auch materiell beteiligt ist[6].
Da das FGG und die anderen FG-Gesetze[7] den Beteiligtenbegriff an vielen Stellen verwenden, aber keineswegs einheitlich, muß für jede Norm nach deren Sinn und Zweck untersucht werden, von welchem Beteiligtenbegriff die Vorschrift ausgeht[8]. Das hat jeweils Auswirkungen auf die Beteiligtenrechte wie Vertretung, Zeugeneigenschaft, rechtliches Gehör, Bekanntmachung, Beschwer und Prozeßkostenhilfe.

---

3) Bärmann, § 8 II; Habscheid, § 14 II 1; Baur-Wolf, Kap. 2 I 2; Jansen, § 6 Rdnr. 5.
4) Bärmann, § 8 III; Habscheid, § 14 I 1, Baur-Wolf, Kap. 2 I 1 b; Jansen, a.a.O.
5) Baur, § 12 IV 2.
6) Weiteres Beispiel: § 41 FGG: materiell, aber nicht formell beteiligt.
7) Z.B. § 43 IV WEG; § 13 II HausratsVO.
8) Bärmann, § 8 V.

Daraus folgt, daß nicht nur die gesetzlich geregelten Institute einen unterschiedlichen Beteiligtenbegriff voraussetzen, sondern auch die gewohnheitsrechtlich anerkannten oder aus der ZPO übernommenen.

2. Einheitlicher Beteiligtenbegriff?

Kollhosser hat in seiner grundlegenden Arbeit über die Verfahrensbeteiligten zwar versucht, einen einheitlichen Beteiligtenbegriff aufzustellen. Im Ergebnis muß aber auch er durch Wertung unterscheiden die Hauptbeteiligten, die am Verfahren teilnehmen müssen, und Nebenbeteiligte, die am Verfahren teilnehmen können[9]. Im Wege der Wertung muß dann geprüft werden: Nur diejenigen, die vollwertigen Rechtsschutz für ihre wahrgenommenen Interessen benötigen, sind Hauptbeteiligte. Dabei sind nicht einmal alle, denen rechtliches Gehör zu gewähren wäre, notwendig beizuziehen[10].

Der Reformentwurf der Kommission für das Recht der FG (FrGO-E) von 1977 sah, auf Kollhosser zurückgehend, demgemäß einen Beteiligtenkatalog vor[11], und zwar die Beteiligten kraft Gesetzes (§ 10) und die Beteiligten kraft Hinzuziehung (§ 11). Letztere lassen sich jedoch nicht ohne Wertung ermitteln, so daß auf den Begriff des materiell Beteiligten wieder zurückgegriffen werden muß[12].
Daraus wird deutlich, daß es in der FG keinen einheitlichen Begriff des Verfahrensbeteiligten gibt. Aus diesem Begriff kann nicht wie im Zivilprozeß auf alle Beteiligtenbefugnisse geschlossen werden. Vielmehr muß wertend entschieden werden, welcher Beteiligte das jeweilige Verfahrensrecht ausüben kann.

---

9) Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 349; so schon Müller, NJW 1954, 868 (869).
10) Kollhosser, a.a.O., S. 364.
11) Vgl. zum Beteiligtenbegriff der Reformentwürfe: Arnold, Rpfleger 1979, 241 (242 f); Pfeuffer, Rpfleger 1973, 233 (233 ff.), für den Entwurf von 1971, der den Beteiligtenbegriff schon einheitlich formell sah; vgl. dazu Bumiller, Rpfleger 1973, 3 (5 f.).
12) Vgl. die Kritik Habscheids, § 14 III 2.

II. Der Beteiligtenbegriff der Erledigungserklärung

1. Der formell Beteiligte

Wer formell, aber nicht materiell beteiligt ist, tritt zwar im Verfahren auf, hat aber keine Rechtsbeeinträchtigung zu befürchten. Das sind Beteiligte, die irrtümlich in das Verfahren hineingezogen worden sind oder von sich aus Anträge stellen, obwohl sie dazu nicht berechtigt sind. Diesen Personen kann kein Beteiligtenrecht auf Beendigung bzw. Feststellung der Beendigung gegeben werden. Sie wären durch eine "Nichtentscheidung" bzw. Feststellung nicht in ihrer Rechtsposition berührt (obwohl man sie bescheiden muß, wenn sie einen Antrag gestellt haben). Andererseits werden Behörden, die ein Antrags- und Beschwerderecht haben[13], nach h.M. nur als formell Beteiligte angesehen. Sie werden nicht in ihren Rechten und Pflichten verletzt, wenn sie nur im öffentlichen Interesse tätig werden. Die Behörde werde erst Beteiligte, wenn sie von ihrem Antrags- oder Beschwerderecht Gebrauch mache[14]. Als Wahrer des öffentlichen Interesses wird man aber die Behörden nicht von der Befugnis zur Abgabe wirksamer Erledigungserklärungen ausschließen können.

2. Der materiell Beteiligte

Derjenige, der zwar materiell beteiligt ist, also von der Regelung in seiner Rechtsposition beeinträchtigt sein könnte, aber nicht formell beteiligt ist, kann naturgemäß keine Erledigungserklärung abgeben. Eine andere Frage ist es, ob das Gericht gem. § 12 FGG diese Beteiligten zum Verfahren hinzuziehen muß[15].

---

13) Z.B. Jugendamt, § 65 JWG; Handwerkskammer, § 126 FGG; Landwirtschaftsbehörde, § 32 II LwVG.
14) Zimmermann, Rpfleger 1958, 209 (211); Bärmann, § 29 IV 2; a.A.: Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 362.
15) Kollhosser, S. 402 ff.

3. Der materiell und formell Beteiligte

Die Mitwirkungsbefugnisse des Beteiligten am FG-Verfahren stehen, soweit sie allgemein verfahrensrechtlich sind, dem materiell und formell Beteiligten zu, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör und die daraus abgeleiteten Einzelbefugnisse (Kenntnisnahme, Beteiligtenöffentlichkeit, Stellung von Beweisanträgen usw.)[16].

Neben diesen allgemeinen Mitwirkungsbefugnissen gibt es aber auch spezielle, nicht für alle Verfahren der FG gleichermaßen geltende Befugnisse, die nur bestimmte Verfahren betreffen[17]. Dies zeigt, daß es auch Beteiligtenrechte gibt, die sich nicht aus der materiell-formellen Beteiligung herleiten. Vor allem gilt aber für die Berechtigung zur Abgabe der Erledigungserklärung, daß der Beteiligte hier dadurch beeinträchtigt sein könnte, daß keine gerichtliche Regelung mehr erfolgt. Im Gegensatz zur Prognose bei der materiellen Beteiligung steht bei der Erledigung fest, ob er in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Vielfach wird der Beteiligte dadurch, daß keine Regelung mehr erfolgt, nicht in seiner Rechtsposition beeinträchtigt. Somit ist auch der formell-materiell Beteiligte nicht allgemein als befugt anzusehen, das Verfahren durch Beteiligtenhandlung zu beenden.

4. Der Beteiligte mit Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG)

Heute ist es allgemeine Ansicht[18], daß Art. 103 GG für

---

16) Hormuth, S. 122.

17) Z.B.: § 2260 BGB, Teilnahme am Testamentseröffnungsverfahren; §§ 2198 II, 2203 BGB, Antragsrechte im Testamentsvollstreckungsverfahren.

18) BVerfGE 19, 49 (51) = NJW 1965, 1267; BayObLGZ 1980, 23 (25); KG, NJW 1954, 1410; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 Rdnr. 85; Säcker, NJW 1970, 1666 ff.; Habscheid, § 20 II 2; Baur, § 19 III 1; Pikart-Henn, S. 78; Bärmann, § 17 III 2; Lindacher, JuS 1978, 577 (582); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 69 ff.; heute auch im Verfahren vor dem Rechtspfleger anerkannt, vgl. Eickmann, Rpfleger 1982, 449 (450). Zur früheren Ansicht vgl. z.B. Müller, NJW 1953, 1659 f.

alle Verfahrensarten unmittelbare Geltung hat, so auch in der FG. Es sei zwar in erster Linie Sache der Verfahrensgesetze zu bestimmen, in welcher Weise das rechtliche Gehör verwirklicht werden soll. Sei dieser Grundsatz wie in der FG nur vereinzelt geregelt, so fülle der Verfassungssatz die Lücke aus. Es handele sich bei der Zusicherung des rechtlichen Gehörs um ein echtes Grundrecht, was erst recht in der FG mit ihren möglichen Eingriffen in den Bereich der Persönlichkeitssphäre gelten müsse[19].

Das rechtliche Gehör soll nach allgemeiner Ansicht allen formell und materiell Beteiligten zustehen. Als formell Beteiligte kommen Antragsteller und Beschwerdeführer in Betracht[20]. Das rechtliche Gehör ist aber nicht nur denen zu gewähren, die berechtigt einen Antrag stellen oder Beschwerde eingelegt haben. Es gilt auch für Personen, die irrtümlich in das Verfahren hineingezogen werden oder die sich fälschlicherweise für antrags- bzw. beschwerdebefugt halten[21]. Die Entscheidung, selbst wenn sie auf Zurückweisung wegen Unzulässigkeit lautet, kann nicht ohne Anhörung ergehen[22]. Daneben steht das rechtliche Gehör auch den Beteiligten zu, denen aufgrund Gesetzes die Möglichkeit zur formellen Beteiligung eingeräumt worden ist, obwohl sie durch die Entscheidung des Gerichts nicht in ihrer rechtlichen Stellung betroffen werden können[23].

Diese Erörterungen zeigen, daß die Befugnis zur Abgabe von Erledigungserklärungen nicht aus dem Anspruch auf rechtliches

---

19) Habscheid, Rpfleger 1957, 164 (171);
a.A. Bettermann, Festschrift für Lent, S. 17 (42), der das rechtliche Gehör nur bei "echter Rechtsprechung" gewähren will, nicht jedoch bei eigentlicher Verwaltungstätigkeit. Er übersieht dabei, daß die FG heute allgemein als Rechtsprechung angesehen wird (vgl. Habscheid, § 20 II 2), daher wird heute auch vor dem Rechtspfleger der Anspruch auf rechtliches Gehör bejaht (vgl. Eickmann, Rpfleger 1982, 449 (450).

20) Habscheid, § 20 II 2.

21) Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 71 a.

22) Habscheid, § 20 II 1.

23) Jugendamt in Fürsorgeverfahren, IHK nach § 126 FGG usw.; vgl.Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 71 a.

Gehör hergeleitet werden kann. Derjenige, der mit dem Verfahren bzw. dem Verfahrensgegenstand nichts zu tun hat, weil er durch eine Entscheidung nicht in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werden kann, ist nicht zur Abgabe der Erledigungserklärung befugt. Ansonsten würde ein Unbeteiligter das Verfahren fortsetzen können.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör stellt lediglich einen Anspruch gegen das Gericht auf Berücksichtigung des Beteiligtenvorbringens in den verschiedenen Formen wie Beteiligtenöffentlichkeit, Recht zur Stellungnahme, Bekanntgabe von Beweisergebnissen usw.[24] dar. Den Gang des Verfahrens aber kann der Beteiligte dadurch nicht beeinflussen. Die Befugnis zur Erledigungserklärung liegt auf einer anderen Ebene. Während der Anspruch auf rechtliches Gehör lediglich die Richtigkeit der gerichtlichen Entscheidung unter Wahrung der Beteiligteninteressen sicherstellen soll, können die Beteiligten bei der Erledigungserklärung dem Gericht eine bestimmte Entscheidungsform vorschreiben. Das aber ist eine Frage der Dispositionsbefugnis der Beteiligten über das Verfahren.

Ähnlich hat auch Kollhosser[25] kritisch darauf hingewiesen, daß nach der Auslegung, die das Recht auf Gehör heute überwiegend erfahre, es zumindest identisch sei mit dem Recht auf Ausübung aller Befugnisse, die einem Verfahrensbeteiligten zum Schutz der von ihm im Verfahren wahrgenommenen Interessen zustehen[26]. Zum Teil sieht man sogar weitergehend in dem Recht auf Gehör die Legitimation für die Zuteilung der vollen Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten mit allen Rechten eines solchen, einschließlich der Rechtsmittelbefugnis[27].

---

24) Habscheid, § 20 II 3; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 72 ff; Eickmann, Rpfleger 1982, 449 (451).
25) Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 25/26.
26) Jansen, Wandlungen, S. 37; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 72-83; Habscheid, § 20 II 3; KG, NJW 1962, 2114; Baur, AcP 153, 393 (408-410).
27) BVerfGE 19, 49; insbesondere Schlosser, JZ 1967, 431 (433 f.), wonach die Stellung ähnlich einem Nebenintervenienten sein soll.

Damit verknüpft man das Recht auf Gehör und die Rechte der Verfahrensbeteiligung bzw. das Recht auf Verfahrensbeteiligung miteinander[28].

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt aber kein Antragsrecht und keinen Justizgewährungsanspruch. Er setzt sie nur voraus und will ihre Ausübung garantieren, wenn sie vorhanden sind[29]. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nach seinem materiellen Gehalt ein Teil, nicht aber die Summe der Mitwirkungsbefugnisse[30]. Anspruch auf rechtliches Gehör und Verfahrensbeteiligung können nicht miteinander identifiziert werden.

5. Der Verfahrensbeteiligte nach der Lehre Kollhossers

Kollhosser[31] hat sich gegen den dualistischen Beteiligtenbegriff ausgesprochen und versucht, den Schwierigkeiten der Spaltung und ungewissen Abgrenzung durch einen einheitlichen Beteiligtenbegriff zu entgehen. Die Bestimmung des Verfahrensbeteiligten soll nach seiner Ansicht wie im Zivilprozeß nach rein formalen Gesichtspunkten erfolgen. Dazu schlägt Kollhosser vor, in Anlehnung an § 65 VwGO (Beiladung) neben dem Antragsteller nur die Personen als Verfahrensbeteiligte anzusehen, denen das Gericht diese Stellung im Wege der Beiladung verliehen hat[32]. Der einheitliche Begriff des Verfahrensbeteiligten soll dann alle typischen Mitwirkungsbefugnisse umfassen, würde also auch die Befugnis zur Abgabe wirksamer Erledigungserklärungen einschließen. Denn die Verfahrensbeteiligung soll mehr umfassen als die Befugnisse, die aus dem rechtlichen Gehör erwachsen, so daß auch Behörden

---

28) Eickmann, Rpfleger 1982, 449 (452); einschränkend Baur, § 19 III 2 b: das Recht auf Gehör gewähre keine volle Parteistellung.
29) So ist z.B. die Klageerhebung durch Art. 19 IV und 101 I 2 GG geschützt; vgl. Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 95.
30) Kollhosser, S. 94 und 325.
31) Kollhosser, S. 329.
32) Kollhosser, S. 387 ff.

und Verfahrensstandschafter Verfahrensbeteiligte werden können[33]. Sie soll andererseits nicht alle zum Verfahren hinzugezogenen oder sich unberechtigt an das Gericht wendenden Personen umfassen[34].

Diese Lösung würde einerseits durch den formalen Akt der Verleihung Sicherheit bedeuten, wer und ab wann er alle Mitwirkungsbefugnisse hat. Sie würde andererseits dem Gericht, das durch den formalen Akt der Verleihung den Verfahrensbeteiligten bestimmt, erlauben, nur die Beteiligten zu Verfahrensbeteiligten zu erheben, die nach gerichtlicher Prüfung geltend machen können, durch eine Entscheidung in ihrer Rechtsposition berührt zu sein. Dadurch würden diejenigen, die sich unbefugt in das Verfahren einmischen, von den über das Anhörungsrecht hinausgehenden Beteiligungsrechten ausgeschlossen werden. Zugleich könnte durch die Beiladung bisher noch nicht formell Beteiligter der Verfahrensgegenstand endgültig geklärt werden, was auch für die Feststellungswirkung einer Erledigungserklärung von Bedeutung wäre.

Beim Antragsverfahren ist jedoch ohne Beiladung grundsätzlich der Antragsteller Verfahrensbeteiligter[35]. Damit hat er alle Verfahrensrechte, obwohl er u.U. nicht antragsberechtigt ist. Dies erscheint bedenklich. Derartige Antragsteller sind formell beteiligt, weil über ihren Antrag zu entscheiden ist, der als unzulässig abzuweisen ist[36]. Materiell beteiligt sind sie jedoch nicht. Kollhosser würde diesen Beteiligten das volle Beteiligungsrecht zugestehen müssen.

Erscheint die Einbeziehung des materiell nicht beteiligten Antragstellers bedenklich, so ergibt sich aus den weiteren Ausführungen Kollhossers, daß auch er in Wahrheit ohne den von ihm als zu unsicher und schwerfällig abgelehnten Begriff

---

33) Kollhosser, S. 321.
34) Kollhosser, S. 326.
35) Kollhosser, S. 380.
36) Baur, § 12 III 1.

des materiellen Beteiligten nicht auskommt[37]. Zwar ist es richtig, daß es neben dem materiell Beteiligten noch andere Beteiligte gibt, die gesetzlich die Befugnis zur Wahrung fremder Interessen haben, wie Behörden und Verfahrensstandschafter[38]. Wenn Kollhosser jedoch unterscheiden muß zwischen Hauptbeteiligten, die am Verfahren teilnehmen müssen, und Nebenbeteiligten, die daran teilnehmen können[39], kann er diese Trennung auch nur im Wege der Wertung der Interessen und Rechte vornehmen. Damit führt Kollhosser den Begriff des materiell Beteiligten durch die Wertungsfrage wieder ein. Er verlagert die Qualifizierung der Beteiligten nur auf die Ebene der Beiladung. Kollhosser kommt über den Weg des Anspruchs auf rechtliches Gehör lediglich dazu, daß er von den üblicherweise materiell Beteiligten die sog. Nebenbeteiligten abspaltet, ohne eine eigene Definition an die Stelle der Umschreibung des materiell Beteiligten zu setzen. Auch hier muß dann wieder die Beeinträchtigung eines Rechts oder eines rechtlichen Interesses als Gegensatz zur Popularbeschwerde im Rahmen des § 20 FGG zur Abgrenzung dienen[40].

Ähnlich wie bei der Beschwerdeberechtigung, bei der im Gegensatz zur materiellen Beteiligung nicht mehr prognostisch gefragt wird, wer in seinen Rechten beeinträchtigt sein könnte, sondern jetzt nach Erlaß der Entscheidung beeinträchtigt ist, läßt sich auch bei der Erledigung der Hauptsache konkret bestimmen, wer durch die Nichtregelung in seinen Rechten oder Interessen beeinträchtigt ist. Die Sache entwikkelt sich nicht mehr. Daher muß auch insofern die Lehre Kollhossers für die Abgabe von Erledigungserklärungen wegen des Rückgriffs auf den materiell Beteiligten abgelehnt werden.

---

37) Zur Kritik Kollhossers im einzelnen S. 326/327.
38) Kollhosser, S. 338/339.
39) Kollhosser, S. 349.
40) Kollhosser, S. 348 i.V.m. S. 351.

6. Der Beschwerdeberechtigte

a) Die Beschwerdebefugnis

Dem Beschwerdeberechtigten ist vom Gesetz die Befugnis verliehen, die gerichtliche Entscheidung überprüfen zu lassen. Durch die Beschwerde sollen fehlerhafte Entscheidungen korrigiert werden können. Durch wirksame Erklärungen in der Ausgangsinstanz dagegen könnte schon die Gefahr gemindert werden, daß überhaupt fehlerhafte Entscheidungen entstehen, weil der Beschwerdeberechtigte seine Ansichten zur Geltung bringen kann. Da in den Antrags- und Streitverfahren zur Dispositionsbefugnis über die Beschwerde diejenige über das erstinstanzliche Verfahren hinzu kommt, könnte dem Beschwerdeberechtigten auch die Dispositionsbefugnis über das vorzeitige Ende des Verfahrens erster Instanz zustehen. Diese Lösung hätte den Vorteil, daß derjenige, der mit dem Verfahren nichts zu tun hat, von der Erledigungserklärung ausgeschlossen ist und somit das Verfahren nicht beeinflussen kann.

Nach § 20 Abs. 1 FGG steht die Beschwerde jedem zu, "dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist". Daneben gibt es noch Sondervorschriften[41], die den Kreis der Beschwerdeberechtigten erweitern oder einengen[42]. Die grundlegende Norm des § 20 I FGG stellt jedoch auf die "Rechtsbeeinträchtigung" ab. Daraus läßt sich mit Sicherheit nur entnehmen, daß die Popularbeschwerde ausgeschlossen werden soll[43]. Nur wer in gewisser Beziehung zum Verfahrensgegenstand steht, soll beschwerdeberechtigt sein, wobei der Kreis unterschiedlich gezogen sein kann: Vom Antragsteller (§ 20 II FGG) bis zu Beteiligten mit rechtlichem Interesse am Verfahren (§ 57 Nr. 7 und 9 FGG). Streitig ist jedoch, was als Rechtsbeeinträchtigung im Sinne der allgemeinen Norm des § 20 I FGG gelten soll:

---

41) Vgl. die Beispiele bei Bumiller-Winkler, § 20 Anm.1.
42) Z.B. §§ 49 II PStG, 76 II 2 FGG.
43) So nach dem Kommissionsbericht in Hahn-Mugdan, S. 122, das entscheidende Problem.

aa) Rechtsbeeinträchtigung

Die h.M.[44] versteht unter dem Recht, das beeinträchtigt sein muß, das materielle Recht, das den Gegenstand des Verfahrens bildet oder sonst durch die Verfügung in Mitleidenschaft gezogen wird. Es muß sich um ein rechtlich geschütztes subjektives Recht handeln. Darunter ist die Rechtsbefugnis zu verstehen, die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist[45].

Bei der Erledigung der Hauptsache gilt somit: Da in der Hauptsache keine Entscheidung erging, die Rechte beeinträchtigen könnte, kann nur darauf abgestellt werden, ob eine mögliche Entscheidung den Beteiligten beeinträchtigen könnte. Dies aber ist wiederum die Definition der materiellen Beteiligung. Beschwerdeberechtigung und materielle Beteiligung unterscheiden sich nur darin, daß bei letzterer geltend gemacht wird, daß eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung möglich ist, die bei ersterer schon eingetreten sein soll. Materielle Beteiligung hat das gleiche Ziel wie die Beschwerde, nämlich den Schutz bestimmter Rechtsstellungen vor fehlerhafter Behandlung im Verfahren. Der Unterschied besteht allein darin, daß die Beschwerde Fehler eines bereits abgeschlossenen Verfahrens beseitigen soll, hingegen die materielle Beteiligung Fehler während eines noch laufenden Verfahrens verhindern soll[46].

Damit wäre hier wieder auf den Begriff des materiell Beteiligten zurückzugreifen. Dieser hat sich jedoch als zu weit erwiesen[47]. Dadurch, daß materiell Beteiligte nicht formell am Verfahren beteiligt sind, entstehen Unsicherheiten, ob alle Berechtigten dem Abschluß des Verfahrens zuge-

---

44) Habscheid, § 32 I 3; Bärmann, § 29 II 3 b; Bumiller-Winkler, § 20 Anm. 2; Furtner, JZ 1961, 526 (526); Kahl, S. 65; BGH, NJW 1979, 1454 f.; OLG Frankfurt, Rpfleger 1979, 105; BayObLG, FamRZ 1978, 614 (616); OLG Stuttgart, FamRZ 1974, 538 (540).
45) Larenz, Allgem. Teil, § 12 II a.
46) Hormuth, S. 123; Kollhosser, S. 348; Bärmann, § 29 II 1 b.
47) S.o., S. 168.

stimmt haben.

Beschränkt man den Kreis auf materiell Beteiligte, die zugleich formell Beteiligte sind, besteht die Gefahr, daß das Verfahren jederzeit von derzeit noch nicht formell Beteiligten wieder aufgerollt wird. Zudem ist § 20 FGG nicht die einzige Norm zur Beschwerdeberechtigung. § 57 FGG erweitert den Kreis der Beschwerdeführer auf entfernt liegende Personen, die jetzt noch nicht beteiligt sind, die aber, sei es als Interessenwahrer, sei es als Verfahrensstandschafter, derzeit noch unbekannte Interessen bzw. Rechte vertreten können. Die Zahl der Beteiligten wird dadurch unübersehbar, was die Wirksamkeit der Erledigungserklärungen nutzlos machen würde.

bb) Recht auf ordnungsgemäße Sachbehandlung

Wohl auch in der Erkenntnis, daß der Begriff des subjektiven Rechts zu eng ist, wird vertreten, daß zu den Rechten i.S.d. § 20 I FGG ein allgemeines Recht des Beteiligten auf "richtige Besorgung seiner Angelegenheiten, auf gerechte und sachgemäße Ausgestaltung und Abgrenzung seines Rechtskreises" zu zählen ist[48]. Diese Meinung will das Recht auf sachgemäße Behandlung als eines von vielen subjektiven Rechten verstanden wissen, also als ein formelles neben den materiellen Rechten. Die Verletzung von Verfahrensvorschriften, selbst wenn sie Sollvorschriften sind, berechtige zur Beschwerde[19]. Allerdings stehe dieses Recht nicht jedem, nicht im Rechtssinne Beteiligten zu[50]. Auf das Recht zur ordnungsgemäßen Sachbehandlung könne sich nur berufen, wer an dem Verfahren materiell beteiligt war, also von der anzufechtenden Entscheidung in seinen Rechten unmittelbar betroffen ist[51]. Am Beispiel des rechtlichen Gehörs wird dieser Ansicht

---

48) Furtner, DNotZ 1966, 7 (8); Furtner, JZ 1961, 526 (526); Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 7; BayObLGZ 1977, 163 (164); BayObLGZ 1975, 426; OLG Hamburg, NJW 1960, 870 (872).
49) Furtner, JZ 1961, 526.
50) Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 7.
51) Furtner, DNotZ 1966, 7 (9).

wiederum viel von ihrer Schärfe genommen: Personen, die ein gesetzliches Anhörungsrecht haben, also nicht unbedingt materiell beteiligt sein müssen (z.B. § 1695 BGB), können allein aus der Verletzung der Anhörungsvorschrift kein Recht auf ordnungsgemäße Sachbehandlung herleiten[52].

Da § 20 I FGG eine unmittelbare Beeinträchtigung verlangt, kann dieses Recht nur solchen Personen zustehen, die an dem Verfahren unmittelbar beteiligt sind, z.B. bei einer Vormundschaft oder Pflegschaft dem, dessen Angelegenheiten durch die anzufechtende Verfügung geregelt wurde, mithin nur dem Mündel[53].

Durch die Verweisung auf die materielle Beteiligung nähert sich diese Ansicht wiederum der h.M., die als Rechtsbeeinträchtigung nur die Verletzung subjektiver Rechte ansieht. Insofern ist die Kritik, die dieser Ansicht entgegengebracht wird, zu pauschal. Die h.M.[54] meint, die subjektiven Verfahrensrechte wie z.B. das rechtliche Gehör hätten ebenso wie das objektive Verfahrensrecht nur eine Hilfsfunktion zur richtigen Gestaltung des materiellen Rechts. Wer in seiner materiellen Rechtsstellung vom Ergebnis der Entscheidung nicht betroffen sei, habe kein Bedürfnis, Unkorrektheiten im Verfahrensablauf zu überprüfen. Anderenfalls werde die Popularbeschwerde zugelassen[55]. Durch die Beschränkung auf den materiell Betroffenen kann jedoch entgegen der h.M. von einer Popularbeschwerde keine Rede sein.

Auch diese Meinung erkennt das Recht auf ordnungsgemäße Sachbehandlung nur dem materiell Beteiligten zu, kommt mithin in dieser Frage zu dem gleichen Ergebnis wie die h.M.

---

52) Furtner, a.a.O.; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 10: hinzutreten muß ein unmittelbarer Eingriff in ein Recht oder Rechtsstellung.
53) Furtner, JZ 1961, 526 (527).
54) Habscheid, § 32 III 1; Baur, § 29 A III 3 a, b; Bärmann, § 29 II 4 b; KG, FamRZ 1977, 65 (66); KG, OLGZ 1972, 146 (149).
55) Bärmann, § 29 II 4 b; Baur, § 29 A III 3 a; Kahl, S. 70; Habscheid, § 32 I 3.

Eine andere Frage ist, ob der Beschwerdeberechtigte i.S. dieser Meinung nicht allein deshalb beschwerdeberechtigt ist, weil sein Recht auf ordnungsgemäße Sachbehandlung dadurch verletzt ist, daß keine Regelung getroffen wird, weil die Erledigung eingetreten ist. Er hätte dann einen Anspruch auf das Verfahren. Dies wird noch zu prüfen sein.

cc) Interessenverletzung

Nach anderer Ansicht[56] soll für die Beschwerdeberechtigung auch die Beeinträchtigung von Interessen ausreichend sein, die für den Beschwerdeführer im Verhältnis zum Gericht im anhängigen Verfahren rechtlichen Schutz genießen. Hormuth[57] kommt zu diesem Ergebnis aus der Parallele zum Verwaltungsprozeßrecht. Da ein wesentlicher Teil der FG zur materiellen Verwaltung gehört[58], wendet er die Ergebnisse der verwaltungsrechtlichen Lehre zu §§ 42 II VwGO, 40 II FGO auf die FG an. Auch in § 42 II VwGO, der die Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte voraussetzt, soll die besondere Sachentscheidungsvoraussetzung dazu dienen, die Popularklage auszuschließen[59]. Als Rechte, deren Verletzung der Kläger im Verwaltungsprozeß geltend machen muß, kommen zwar in erster Linie subjektive Rechte in Betracht; nach h.M.[60] erschöpft sich darin jedoch der Beriff "Recht" i.S.d. § 42 II VwGO nicht. Vielmehr gehört hierzu auch jedes von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannte Individualinteresse. Dieses wird in der Verwaltungsrechtslehre dann bejaht, wenn der in Frage stehende Rechtssatz nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Individualinteresse des

---

56) Hormuth, S. 81; Kollhosser, S. 337; Bumiller-Winkler, § 20 Anm. 2.
57) Hormuth, S. 86 ff.
58) Hormuth, S. 77.
59) Redeker-v. Oertzen, § 42 Rdnr. 25; Ule, § 33 III; Tschira-Schmitt-Glaeser, S. 90.
60) BVerwGE 6, 167 (169); 10, 123 (123); 61, 256 (262); OVG Münster, DÖV 1969, 427; OVG Hamburg, DÖV 1964, 208; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 96; Redeker-v. Oertzen, § 42 Rdnr. 102; Ule, § 33 III.
a.A.: Bernhardt, JZ 1963, 302 (307).

Klägers zu dienen bestimmt ist[61]. Dabei muß es sich aber um rechtliche Interessen handeln; die Berufung auf rein wirtschaftliche oder politische Interessen oder Rechtsreflexe genügt dagegen nicht[62].

Hormuth überträgt diese Ergebnisse auf die FG, weil er auch in der FG das Rechtsverhältnis zwischen dem Betroffenen und dem Gericht als öffentlich-rechtliches Verhältnis ansieht[63]. Er kommt dazu über die schon erwähnte These vom Rechtsschutzanspruch. Jedoch ist der Meinung von Kollhosser[64] zuzugeben, daß der Begriff des subjektiven Rechts des Einzelnen nicht geklärt ist[65]. Vielmehr wird stets durch Wertung ermittelt, wie sich an dem Zusatz "unmittelbar" zeigt[66]. Sinn und Zweck des § 20 I FGG sei es allein, die Popularbeschwerde auszuschließen, was man aber auch über den Begriff des rechtlich geschützten Interesses erreichen könne, ohne gewaltsam ein subjektives Recht konstruieren zu müssen[67].

Zudem bieten alle neueren Verfahrensordnungen das gleiche Bild: Als Beteiligter bzw. Beschwerdebefugter wird derjenige erachtet, der in seinen rechtlichen Interessen berührt ist (§§ 13 II VwVfG, 42 VwGO).

Dieser Ansicht wird entgegengehalten[68], sie verquicke § 20 I mit § 57 FGG. Die Erweiterung des Beschwerderechts in § 57 FGG betreffe durchweg Personen, die nicht in ihren Rechten

---

61) BVerfGE 27, 297 (307); BVerwGE 2, 290 (293); Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 96.
62) BVerwGE 2, 290 (293); BVerwGE 16, 187 (189); Redeker-v. Oertzen, § 42 Rdnr. 143; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 90; Ule, § 33 III.
63) Hormuth, S. 94.
64) Kollhosser, S. 330.
65) So wird dem Vater ein "Familienrecht" (§ 1666 BGB) zugestanden; vgl. die Beispiele bei Hormuth, S. 31 ff.
66) Kollhosser, S. 340.
67) Vgl. die Kritik Hormuths, S. 44: nur ein verbales Festhalten am Begriff; ebenso Kollhosser, S. 339: der Sache nach wird eine Wertung vorgenommen.
68) Habscheid, § 32 I 3; ausführlich Kahl, S. 54 ff.

beeinträchtigt sind, sondern nur in ihren Interessen, so daß sie nach § 20 I FGG allein nicht beschwerdeberechtigt wären[69]. Eine Verletzung bloßer Interessen könne daher im allgemeinen nicht genügen[70].

Soweit man die rechtlich geschützten Interessen nur als Umschreibung dessen ansieht, welche Rechtspositionen nach Wertung schützenswert erscheinen, um den ungenauen Begriff des subjektiven Rechts zu vermeiden, kann auch aus dieser Theorie für die Erledigung nichts hergeleitet werden. Es ergeht keine gerichtliche Regelung, so daß die Rechtsstellung des Beteiligten nicht beeinträchtigt sein kann. Wiederum stellt sich die Frage, ob gerade durch den Nichtentscheid, also das Untätigbleiben des Gerichts, in rechtlich geschützte Interessen eingegriffen wird. Dann müßte ein rechtlich geschütztes Interesse auf Durchführung des Verfahrens bestehen.
Während Kollhosser[71] lediglich erwähnt, daß ein subjektiv öffentliches Recht gegen den durch das Gericht repräsentierten Staat auf Gewährung von Rechtsschutz in bestimmter Form bestehe,geht Hormuth[72] weiter: Durch den Antrag an das Gericht entstehe ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Beteiligten und Gericht, gleich dem zwischen Bürger und Verwaltung. Die Mitwirkung anderer Privatpersonen braucht nicht zwingend gegeben zu sein. Nunmehr sei wertend zu entscheiden[73], ob die Rechtsnormen, die das hier bestehende Verhältnis zwischen Staat und Beteiligten regeln, die Interessen des Beschwerdeführers vor bestimmten Maßnahmen des Staates schützen soll[74], mit anderen Worten, ob dem Beteiligten ein Anspruch auf die Regelung zusteht. Die Rechtsschutztheorie[75], auf die Hormuth ausdrücklich Bezug

---

69) Bärmann, § 29 IV 1; OLG Frankfurt, OLGZ 1978, 61 (62).
70) Hormuth (S. 82) und Kollhosser (S. 338/339) sehen in § 57 FGG eine Regelung der Verfahrensstandschaft zur Wahrnehmung fremder Interessen.
71) Kollhosser, S. 341/342.
72) Hormuth, S. 94.
73) Hormuth, a.a.O.
74) Hormuth, a.a.O.
75) Zur Rechtsschutztheorie s.S. 141.

nimmt[76], sei geeignet, in der FG der Tendenz des öffentlichen Rechts zu entsprechen, das objektive Recht zu individualisieren.

Unabhängig davon, ob man der Rechtsschutztheorie folgen will, weist diese Ansicht jedoch den Weg der weiteren Prüfung: Es ist zu fragen, wer ein rechtliches Interesse, d.h. einen Rechtsschutzanspruch im Sinne Hormuths, gegen das Gericht hat, das Verfahren fortzuführen oder zu beenden.

b) Die Beschwerdeberechtigung bei Nichtentscheid

Es fragt sich, ob jemand dadurch, daß keine Regelung erfolgt, in seinen Rechten oder Interessen beeinträchtigt sein kann, mithin beschwerdeberechtigt ist. Nach § 19 I FGG können nur Verfügungen des Gerichts angefochten werden. Infolgedessen kann nach h.M. das Ausbleiben einer Verfügung im Verfahren der FG nicht zur Nachprüfung durch das Beschwerdegericht gestellt werden[77]. Das gilt auch dann, wenn nicht geprüft werden kann, ob dem Beschwerdeführer vor Erlaß dieser Entscheidung, daß keine Sachentscheidung ergeht, hinreichend Gelegenheit zur Wahrung seiner Rechte gegeben worden ist[78].

Ebenso wird allgemein die sog. Untätigkeitsbeschwerde in FG-Verfahren abgelehnt[79], d.h. wenn das Gericht, sei es aus Nachlässigkeit, sei es infolge Verweigerung von Amtshandlungen, keine Entscheidung trifft[80]. Art. 19 IV GG gewährt nur Schutz durch den Richter, nicht gegen ihn[81]. Es besteht auch keine Analogie zu §§ 23 EGGVG, 111 III BNotO,

---

76) Hormuth, S. 94/95.
77) Jansen, § 19 Rdnr. 13; KG, OLGZ 1971, 444 f.
78) KG, a.a.O., S. 445.
79) Habscheid, § 31 I 2; Keidel-Kuntze-Winkler, § 19 Rdnr. 96; Lindacher, DRiZ 1965, 198 f.; LG Memmingen, Rpfleger 1977, 440 f.
80) A.A.: Kissel, ZZP 69, 3 (8): Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG erfordere angesichts der staatsrechtlichen Entwicklung auch gegen den Wortlaut den Rechtsschutz gegen rechtswidriges passives Verhalten von Trägern öffentlicher Gewalt.
81) Maunz-Dürig-Schmidt-Aßmann, Art. 19 IV Rdnr. 17.

39, 41 BRAO, weil es sich in diesen Fällen um Kontrolle von Tätigkeiten handelt, die nicht von unabhängigen Richtern ausgeübt werden[82].

c) Beschwerdeberechtigung nach § 20 II FGG

Bei Antragssachen steht gem. § 20 II FGG die Beschwerde im Falle der Zurückweisung des Antrages nur dem Antragsteller zu. Es ist zu erwägen, die Erledigung und damit den Nichtentscheid einer Ablehnung gleichzustellen. In beiden Fällen kann der Antragsteller sein ursprüngliches Rechtsschutzziel nicht mehr erreichen. Wer berechtigt ist, gegen den ablehnenden Bescheid Rechtsmittel einzulegen, muß sich auch dagegen wenden können, daß vom Gericht keine Regelung mehr vorgenommen wird.

Wer als Antragsteller i.S.d. § 20 II FGG anzusehen ist, ist streitig: Nach heute h.M. ist die Vorschrift wie im Grundbuchrecht erweiternd dahin auszulegen, daß bei mehreren Antragsberechtigten, wenn nur einer den Antrag gestellt hat, auch die anderen zur Beschwerde gegen die Zurückweisung befugt sind[83].

Streitig ist weiterhin, ob § 20 II FGG die formelle Beschwer zusätzlich zur materiellen Beschwer des § 20 I FGG fordert oder an dessen Stelle[84]. Soweit neben der Antragstellung die Rechtsbeeinträchtigung gefordert wird, müssen auch die Vertreter dieser Meinung demjenigen ein Beschwerderecht zuerkennen, dessen Antrag mangels Antragsbefugnis als unzu-

---

82) Lindacher, a.a.O., S. 198.
83) Bärmann, § 29 III 1; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 98; Furtner, JZ 1961, 526 (527); BGHZ 30, 220 (225); BayObLGZ 1973, 107/108.
A.A.: Jansen, § 20 Rdnr. 25; Schlegelberger, § 20 Anm. 33.
84) Dazu näher S. 230.

lässig abgewiesen wurde[85], er also allein formell beschwert ist.

Sinn und Zweck des Abs. 2 kann es aber nur sein, demjenigen, der kein Antragsrecht hat, nicht über den Umweg der Beschwerdeberechtigung die Dispositionsbefugnis über das Verfahren zu verleihen[86]. Auch wer in seinen Rechten verletzt ist, aber kein Antragsrecht hat[87], soll nicht so gestellt werden, als hätte er entgegen der gesetzlichen Wertung ein Antragsrecht. Über den Umweg der Beschwerdeberechtigung könnte der Beteiligte bei Abweisung des Antrages des ersten Antragstellers nun seinerseits durch die Beschwerde in zweiter Instanz erreichen, daß dem Antrag stattgegeben wird, den er nicht gestellt, den der Antragsteller in erster Instanz aber nicht weiter verfolgt hat. Um die gesetzliche Wertung der Antragsberechtigung nicht zu umgehen, muß neben dem tatsächlichen Antragsteller auch der Antragsberechtigte als potentieller Antragsteller beschwerdebefugt sein.

Aus diesen Erörterungen wird deutlich, daß die Beschwerdeberechtigung nach § 20 II FGG keine hinreichenden Antworten zur Frage der wirksamen Erledigungserklärung geben kann.
Wer ein Antragsrecht und somit ein Beschwerderecht behauptet, wäre lediglich formell beteiligt. Ein nur formell Beteiligter muß aber aus dem Kreis derer ausscheiden, die wirksame Erledigungserklärungen abgeben können[88].

Die gesetzliche Wertung des § 20 II FGG weist jedoch den richtigen Weg. Es kommt allein auf die Antragsbefugnis an,

---

85) Jansen, § 20 Rdnr. 24; Keidel-Kuntze-Winkler, § 19 Rdnr. 38; BGH, RdL 1963, 103.
86) Jansen, § 20 Rdnr. 25; OLG Schleswig, DAV 1974, 668 (669). Aus den Materialien zu § 20 FGG (Hahn-Mugdan, S. 40 und 122 ff.) ergibt sich insoweit nichts. Die Denkschrift läßt nach ihrem Wortlaut beide Möglichkeiten zu. Der Kommissionsbericht beschäftigt sich mit der Frage der Popularbeschwerde.
87) Z.B. § 1859 BGB.
88) S.o., S. 168.

weil auch durch § 20 II FGG verhindert werden soll, daß jemand die Dispositionsbefugnis über das Verfahren bekommt, die er nach der gesetzlichen Wertung durch die Antragsberechtigung nicht haben soll.

7. Der Antragsberechtigte

a) Antragsteller und Antragsberechtigter

Das Begehren des Antragstellers ist auf eine positive Regelung seiner Angelegenheiten gerichtet. Dagegen sind die anderen Verfahrensbeteiligten auf einen Schutz ihrer Interessenssphäre gegen unrichtige Entscheidungen beschränkt. Weitere Interessen können sie in dem Verfahren nicht verfolgen[89], da sie den Verfahrensgegenstand nicht bestimmen. Im Interesse des Antragstellers ist diesem das Antragsrecht gewährt, den anderen Beteiligten aber verweigert worden. Ihre Teilnahme ist nur erforderlich, damit ihre Interessen gewahrt werden, wenn sie durch die beabsichtigte bzw. beantragte Entscheidung in ihren Rechten bzw. Interessen beeinträchtigt sein könnten.

Daraus wird deutlich, daß auch diejenigen, die im Verfahren keinen Antrag gestellt haben, ihn aber hätten stellen können, die Antragsberechtigten, ebenfalls befugt sein müssen, wirksame Erledigungserklärungen abzugeben. Sie haben durch ihr gesetzlich vorgesehenes Antragsrecht ein "Recht auf das Verfahren" mit dem Ziel, eine positive Regelung zu erreichen. Es ist nur Zufall, daß das Verfahren hier von einem anderen Antragsberechtigten eingeleitet worden ist. Sollte der ursprüngliche Antragsteller seinen Antrag zurücknehmen, so könnten sie ihrerseits einen eigenen Antrag stellen und das Verfahren erneut durchführen.

Konsequenz dieser Ansicht ist, daß nicht in allen Verfahren

---

89) Kollhosser, S. 388/389.

eine Erledigungserklärung möglich ist, da mindestens zwei Dispositionsbefugte (Antragsteller und potentieller Antragsteller) vorhanden sein müssen. So ist bei der Ersetzung der Zustimmung gem. § 113 III BGB zum Dienst- oder Arbeitsvertrag nur der Minderjährige antragsberechtigt. Arbeitgeber oder Eltern haben kein Antragsrecht, könnten daher auch keine wirksamen Erledigungserklärungen abgeben. Der Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft für das nichteheliche Kind (§ 1707 BGB) kann nur von der Mutter gestellt werden; der Antrag auf Adoption eines Minderjährigen kann nur vom Annehmenden (§ 1752 BGB) erfolgen.

Auch aus dieser Aufzählung der Beispiele wird deutlich, daß Beteiligte, die kein Antragsrecht haben, möglicherweise durch eine gerichtliche Entscheidung in ihren Rechten oder Interessen betroffen sein können, mithin materiell Beteiligte bzw. Beschwerdeberechtigte sein können. Sie haben jedoch keinen Anspruch auf das Verfahren, da sie durch die Nichtdurchführung des Verfahrens in ihrer Rechtsposition nicht beeinträchtigt sein können. Nur durch eine falsche Entscheidung könnte der Arbeitgeber oder der Vormund bei einem Verfahren nach § 113 III BGB betroffen sein, nicht jedoch, wenn eine Regelung unterbleibt. Das Jugendamt kann nicht die Aufhebung der Pflegschaft beantragen, da dies ausschließlich im Interesse der Mutter sein muß. Wenn diese eine solche Aufhebung nicht wünscht, kann das Jugendamt dadurch nicht betroffen sein, da es grundsätzlich die Pflegschaft über nichteheliche Kinder führt. Nur wenn eine falsche Entscheidung ergangen ist, kann das Jugendamt als Wahrer des öffentlichen Interesses, weil etwa die Mutter zur Ausübung der elterlichen Sorge nicht fähig ist, Beschwerde einlegen[90].

Umgekehrt gilt, daß in Verfahren mit mehreren Antragstellern, die antragsbefugt sind, alle ein Recht auf das Verfahren haben und daher durch einen Nichtentscheid in ihren Rechten

---

90) OLG Schleswig, DAV 1974, 668 (669).

oder Interessen betroffen wären. Zwar mag es den potentiellen Antragstellern wegen fehlender Rechtskraft unbenommen bleiben, ihrerseits durch einen eigenen Antrag ein neues Verfahren einzuleiten. Zu Recht weist jedoch Kollhosser[91] darauf hin, daß es zweckmäßig ist, diese materiell Beteiligten hinzuzuziehen, um weitere, entgegenlaufende Verfahren zu vermeiden. Weiterhin ist es heute h.M.[92], daß entgegen dem Wortlaut des § 20 II FGG die Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung auch dem Antragsberechtigten zusteht, der sein Antragsrecht in diesem Verfahren nicht ausgeübt hat.

Auch dies begründet man mit ansonsten entstehender "Förmelei"[93]. Somit kann gefolgert werden, daß die Antragsberechtigten auch jetzt schon ihre Dispositionsbefugnis gemeinsam mit dem Antragsteller der ersten Instanz ausüben sollen und nicht auf ein eigenes, neues Verfahren verwiesen werden sollen. Sie können ihre Rechte in einem neuen Verfahren geltend machen, müssen es aber nicht.

b) Beispiele

Im folgenden soll anhand einiger Beispiele geprüft werden, ob die Zuerkennung der Rechtsbefugnis nur an den Antragsteller und Antragsberechtigten, nicht aber an den materiell Beteiligten, sachgerecht ist.
In sämtlichen Antragsverfahren zur elterlichen Sorge (§§ 1631 II, 1672, 1685, 1690 BGB) sind lediglich die Eltern antragsbefugt. Materiell beteiligt sind z.B. das Kind, das Jugendamt, die Großeltern usw.. Ein Recht auf das Verfahren im Sinne einer staatlichen Hilfe durch Regelung der privatrechtlichen Verhältnisse haben nur die Antragsteller, die Eltern. Hat z.B. die Mutter den Antrag gem. § 1672 BGB auf Zuerteilung der elterlichen Sorge gestellt, könnte nach Rücknahme des Antrags durch die Mutter der Vater seinerseits an sich dasselbe Verfahren wieder einleiten. Um dies zu verhindern,

---

91) Kollhosser, S. 369/370.
92) S.o., S. 183.
93) Furtner, DNotZ 1966, 7 (14).

wäre auch die Erledigungserklärung des Vaters nötig, so daß das Verfahren dann zu Ende wäre. Das Jugendamt oder die Großeltern könnten die Sache nicht erneut aufrollen, da ihnen kein eigenes Antragsrecht zusteht. Sie sind lediglich insoweit beteiligt, als sie wegen eigener Rechtsverletzung verhindern sollen, daß eine falsche Entscheidung ergeht. Soweit keine Entscheidung ergeht, haben sie keinen Anspruch auf eine positive Regelung. Daraus folgt, daß sie nicht dispositionsbefugt sind über das Verfahren und es daher auf ihre Erledigungserklärung nicht ankommen kann.

Bei der Anfechtung der Ehelichkeit (§ 1599 II BGB) sind antragsberechtigt der Mann und das Kind. Das Jugendamt und die Mutter sind beteiligt. Sie haben aber mangels Antragsrecht kein Recht auf Durchführung des Verfahrens. Wenn Mann und Kind keine Entscheidung durch das Gericht mehr wünschen, kann die Mutter kein eigenes Verfahren einleiten. Möglicherweise ist sie jedoch durch eine Entscheidung des Gerichts, die nach durchgeführtem Verfahren ergeht, beschwert.

Bei dem Antragsverfahren nach dem Aktiengesetz haben die Aktionäre bei Verschmelzung von Gesellschaften Schadensersatzansprüche[94]. Obwohl Aufsichtsrat und Vorstand materiell beteiligt sind, können sie jedoch kein eigenes Verfahren beginnen. Falls die Aktionäre das Verfahren nicht weiterbetreiben wollen, können Aufsichtsrat und Vorstand nicht wirksam widersprechen, weil sie selbst nicht dispositionsbefugt sind.

c) Antragsrecht des Beteiligten

Nicht in allen Antragsverfahren ist im Gesetz der Antragsberechtigte bezeichnet. Teilweise heißt es nur, daß das Verfahren "auf Antrag" eingeleitet wird, ohne zu bestimmen, wer

---

94) §§ 350 I, 353 I, 354 II, 357 V, 359 II AktG.

diesen Antrag stellen kann[95]. Teilweise wird das Verfahren auch "auf Antrag des Beteiligten" oder "Berechtigten" oder "jedes mit rechtlichem Interesse" eingeleitet[96].

Die h.M.[97] nimmt an, daß in diesen Fällen der materiell Beteiligte antragsberechtigt ist.
Zu beachten ist aber, daß sich aus dem Zusammenhang der Norm oftmals ergibt, daß nicht jeder, der möglicherweise in seinen Rechten oder Interessen betroffen sein kann, antragsbefugt sein soll. So ist gem. § 1587 1 III 3 BGB auf Antrag "dem Verpflichteten" für den Ausgleichsanspruch bzw. Abfindung Ratenzahlung zu gewähren, gem. § 2368 III BGB ist dem "Testamentsvollstrecker auf Antrag" das Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen. Für den Antrag gem. § 39 VerschG ist in § 16 VerschG der Kreis der Antragsberechtigten ausdrücklich erwähnt. Auch falls von den "Beteiligten" als Antragsberechtigten die Rede ist, ergibt sich oftmals aus dem Sinnzusammenhang, welche Beteiligten diese Befugnis haben sollen: So wird bei §§ 2198 II, 2202 III, 2216 II BGB (Fristenbestimmung beim Testamentsvollstrecker, Änderungen der letztwilligen Verfügung) deutlich, daß der Erbe, Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer und Testamentsvollstrecker antragsbefugt sein sollen[98/99].

Soweit der Kreis der Antragsberechtigten ausdrücklich weit gehalten ist (z.B.§ 11 HöfeVfO: "auf Antrag eines Beteilig-

---

95) Z.B. §§ 1587 1 III 3, 2368 III BGB; 1 II, 4 III EheG; 39 VerschG; 14 I LwVG; 16 II-V GrdstVG.
96) Z.B. §§ 1961, 2198 II, 2202 III, 2216 II BGB; 146 II, 147 HGB; 85 I, 273 IV AktG; 45, 47 PStG; 16, 33 a VerschG; 11 I HöfeVfO.
97) Bärmann, § 8 IV 2; Baur, § 17 III 2; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. I 2 b; abweichend Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 14 und Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 7: jeder mit rechtlichem Interesse an der Angelegenheit.
98) Palandt-Edenhofer, § 2198 Anm. 1.
99) Weitere Beispiele: Antragsberechtigung zur Liquidatorenbestellung gem. §§ 146, 147 HGB aus § 146 Abs. 1 HGB; § 273 IV verweist für Abwicklungsmaßnahmen auf § 265 I und III AktG, wonach Vorstand und Aktionäre antragsberechtigt sind.

ten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht"; § 14 LwVG: "auf Antrag eines Beteiligten" mit Verweisung auf den Aufgabenkatalog für Landwirtschaftsgerichte in § 1 LwVG), ist der Begriff des materiell Beteiligten ebenfalls ungeeignet, da zu weit. Zu prüfen wird immer sein, ob die einschlägige Verfahrensart gerade im Interesse dieses Antragstellers bzw. Beteiligten ist. Oder anders ausgedrückt: Ob der Antragsteller einen Anspruch auf dieses Verfahren hat, weil dadurch seine Angelegenheiten geregelt werden, oder ob er nur zum Schutz seiner Interessensphäre hinzuzuziehen ist, weil er vor unrichtigen Entscheidungen geschützt werden soll. Soll die Norm die Interessen des Antragstellers dahin wahren, daß überhaupt eine Prüfung durch das Gericht stattfinden soll, wäre der Beteiligte schon durch das Unterlassen einer Regelung in seinen Rechten oder Interessen berührt, im Gegensatz zu anderen Beteiligten, die nur dann betroffen sein können, wenn eine Entscheidung ergeht und diese falsch ist. Gerade dieses Kriterium ist es, das den Antragsteller von sonstigen materiell Beteiligten unterscheidet. Der Begriff des materiell Beteiligten erweist sich also für diese Frage als zu weit.

Dies mag an einem Beispiel deutlich werden: Nach § 8 LPG i.V.m. §§ 14 I 1 Nr. 1 LwVG kann auf Antrag eines Vertragsteils ein Landpachtvertrag verlängert werden. Ein Unterpächter hat dieses Antragsrecht nicht. Er ist zwar Beteiligter, weil er an dem Fortbestand des Pachtvertrages interessiert ist. Dennoch ergibt aber die gesetzliche Wertung, daß er durch eine solche Unterlassung der Entscheidung nicht betroffen ist.

Ein umgekehrtes Beispiel gibt § 11 I g HöfeVfO: In einem besonderen Feststellungsverfahren kann das Landwirtschaftsgericht klären, wer Hoferbe geworden ist. Das Verfahren wird dabei gem. Abs. 1 auf Antrag eines "Beteiligten, der ein rechtliches Interesse an der Entscheidung glaubhaft macht",

eingeleitet. Gleichzeitig sollen alle materiell Beteiligten ("deren Rechte durch die Entscheidung betroffen werden können" nach Abs. 2) benachrichtigt werden, so daß sie teilnehmen können. Hier ist es (ausnahmsweise) umgekehrt: Zur Antragstellung sind wesentlich mehr Personen befugt (sie müssen nur ein rechtliches Interesse haben, z.B. die Sparkasse bei Hypothekenschulden) als es materiell Beteiligte gibt.

Man kann daher auch in den Fällen, in denen die Antragsbefugten nicht näher umschrieben sind, nicht von der materiellen Beteiligung auf die Berechtigung zur Antragstellung und Erledigungserklärung schließen, sondern muß stets im Einzelfall eine Wertung nach dem Gesetz vornehmen.

III. Sonderfall Streitverfahren

1. Privatrechtliche Streitverfahren

In den privatrechtlichen Streitverfahren wird im Gegensatz zu den Rechtsfürsorgeverfahren um subjektive Rechte gestritten. Die Situation entspricht der des Zivilprozesses. Daher gilt grundsätzlich der formelle Beteiligtenbegriff[100].

Antragsteller und Antragsgegner sind die formell Beteiligten im Streitverfahren. Nur zwischen ihnen besteht der Streit über den Verfahrensgegenstand. Andere materiell Beteiligte, z.B. der Vermieter gem. § 7 HausratsVO oder der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung gem. § 1587 b BGB, können allenfalls durch die Streitentscheidung betroffen sein, es geht aber in dem Verfahren nicht um ihre subjektiven Rechte. Auch der Nebenintervenient[101] scheidet damit aus, da er

100) Bärmann, § 8 IV 4; Habscheid, § 14 IV 1; Hormuth, S. 136.

101) In der FG heute allgemein anerkannt: Habscheid, § 16 II 2; Bärmann § 11 III; Grunsky, § 31 II 4; Keidel-Kuntze-Winkler, §§ 8-18 Vorb. 4; BGHZ 38, 110 (111); differenzierend Fenn, ZZP 77, 306, 309 (als Beiladung); a.A. nur Baur, § 14 II.

nur ein rechtliches Interesse geltend machen kann im Gegensatz zum materiellen Beteiligtsein[102]. Wegen des Zweiparteienschemas und der Parallele zum Zivilprozeßrecht liegt es nahe, die Berechtigung zur Abgabe wirksamer Erledigungserklärungen dem Antragsteller sowie dem Antragsgegner zuzuerkennen, entsprechend Kläger und Beklagtem.

Dies ergibt sich auch aus den oben für das Antragsverfahren niedergelegten Grundsätzen, wonach dem Antragsteller und dem Antragsberechtigten infolge ihrer Dispositionsbefugnis die Berechtigung zusteht. Auch der Gegner des Streitverfahrens ist in aller Regel antragsbefugt[103]. U.U. wenden sich die Beteiligten auch gemeinsam an das Gericht, ihre Streitfrage zu klären (z.B. in Hausratsverfahren). Aber auf jeden Fall stellt der Antragsteller dann, wenn kein Einverständnis vorliegt, den widerstreitenden Antrag, den vom Antragsteller begehrten Ausspruch abzulehnen.

Auch in den Streitverfahren ist die Frage der Antragsberechtigung vom Beteiligtenbegriff zu trennen[104]. Sie soll Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrages sein und ist von materiellen Kriterien abhängig. Auch hier gilt, daß in aller Regel aus der Art des Antrages ersichtlich ist, wer Antragsberechtigter und wer Antragsgegner ist (z.B. §§ 1357, 1365, 1369 BGB) oder dies folgt aus der gesetzlichen Regelung (z.B. §§ 104 I AktG, 66 II, III GmbHG). Sollte ausnahmsweise hierüber keine eindeutige gesetzliche Regelung bestehen (z.B. § 2227 I BGB), so ist wie bei den nichtstreitigen Angelegenheiten zu fragen, zum Schutze welcher Interessen das Antragsrecht ausgeübt werden kann. Somit scheidet auch hier der nur formell Beteiligte aus, der sich ein Antragsrecht anmaßt.

---

102) Habscheid, § 16 II 1.
103) Z.B. §§ 1357, 1365, 1369 BGB.
104) Habscheid, § 14 II 1: Wer in einer Antragssache den Antrag stellt, wird formell Beteiligter; Bärmann, § 8 IV 2; Baur, § 12 III 1; Hormuth, S. 136.

2. Öffentlich-rechtliche Streitverfahren

Der Beteiligtenbegriff der öffentlich-rechtlichen Streitverfahren ist an den Verwaltungsprozeß anzulehnen[105]. Dieser ist ebenfalls formell. Beteiligte sind Antragsteller und Antragsgegner[106]. Dies folgt schon daraus, daß bei diesen Verfahren eine Stufe staatlichen Handelns vorgeschaltet ist, wobei sich der Betroffene gegen die staatliche Maßnahme insofern wehrt, als er einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellt, entsprechend der verwaltungsgerichtlichen Klage auf Überprüfung der vorausgegangenen staatlichen Maßnahme[107].

Soweit die Übernahme des Instituts der Beiladung (§§ 63, 65 VwGO) anerkannt wird[108], wird der Beigeladene mit der Zustellung des Beiladungsbeschlusses Beteiligter. Durch die Beiladung sollen aber nur Dritte, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden können, am Verfahren beteiligt werden. Einen Anspruch auf dieses Verfahren haben sie nicht, es sollen nur ihre Interessen für den Fall der Entscheidung gewahrt werden. Insofern ergibt sich auch bei den öffentlich-rechtlichen Streitverfahren keine Besonderheit. Als befugt zur Abgabe wirksamer Erledigungserklärungen können daher auch hier nur Antragsteller und Antragsgegner angesehen werden[109].

---

105) Habscheid, § 14 IV 2; Zimmermann, Rpfleger 1962, 42 (47).
106) Bärmann, § 11 IV.
107) Hormuth, S. 139.
108) Habscheid, § 16 III 2.
109) Für den Verwaltungsprozeß allgemein anerkannt: Notwendig sind nur die Erledigungserklärungen der Hauptbeteiligten (Kläger und Beklagter), nicht jedoch des notwendig Beigeladenen; vgl. Redeker-v. Oertzen, § 107 Rdnr. 17; BVerwGE 30, 27 ff.; VG Schleswig, NJW 1966, 2425; a.A.: nur Eyermann-Fröhler, § 66 Rdnr. 19.

§ 7 DIE ERLEDIGUNG ZWISCHEN DEN INSTANZEN UND IM RECHTSMITTELVERFAHREN

I. Problemstellung

Erledigt sich die Hauptsache, nachdem eine Entscheidung erster Instanz vorliegt, muß man folgende Fälle unterscheiden: Die Erledigung tritt nach Erlaß der Entscheidung, aber vor Einlegung eines Rechtsmittels ein (sog. Erledigung zwischen den Instanzen), oder die Erledigung tritt nach Einlegung des Rechtsmittels ein (Erledigung im Rechtsmittelverfahren). Grundsätzlich steht es dem Rechtsmittelführer frei zu wählen, ob er das Rechtsmittel zurücknimmt, die Erledigung erklärt oder den Antrag im Antragsverfahren zurücknimmt. Fraglich ist dabei, ob die jeweilige Alternative zulässig ist in den beiden Verfahrensstadien.

II. Bestandsaufnahme

1. Rechtsmittelrücknahme

a) Volle Dispositionsbefugnis

Der Beschwerdeführer hat - im Gegensatz zur ersten Instanz - die volle Dispositionsbefugnis über das Rechtsmittelverfahren sowohl in Antrags- als auch in Amtsverfahren. Das gilt wegen der Antragsbindung im Beschwerdeverfahren[1] auch bezüglich des Umfanges der Nachprüfung. Der Grundsatz des § 12 FGG gilt jedoch auch für das Beschwerdegericht, so daß bezüglich der Tatsachen nicht nur eine Nachprüfung des in erster Instanz bereits gewürdigten Materials stattfindet, sondern eine neue Prüfung des gesamten Sachverhalts[2].

---

1) Bezüglich der Antragsbindung in Antragsverfahren unstreitig; vgl. Baur, § 29 C I 4; Bärmann, § 31 II 5 b. Streitig nur in Amtsverfahren; für Bindung: Bärmann, a.a.O.; Baur, a.a.O.; Schlegelberger, § 25 Anm. 11; gegen Bindung: Keidel-Kuntze-Winkler, § 25 Rdnr. 4; Habscheid, § 34 II 2.

2) Habscheid, § 34 II 2.

b) Alleinige Dispositionsbefugnis des Beschwerdeführers

Fraglich ist, ob der Beschwerdeführer die Dispositionsbefugnis nur mit den anderen Beschwerdebefugten zusammen ausüben kann. Die anderen Beteiligten können, wenn sie selbst beschwerdebefugt sind, ihrerseits Rechtsmittel einlegen und so das Verfahren fortsetzen.
Dabei ist zu beachten, daß das Beschwerdegericht nach h.M. an den Antrag des Beschwerdeführers gebunden ist und - anders als in erster Instanz - nur über diesen Antrag entscheidet. Die Antragsbindung gilt sowohl in Rechtsfürsorgeverfahren als auch Streitverfahren[3]. Im übrigen würde der Beschluß des Beschwerdegerichts, wenn er über den Rechtsmittelantrag hinaus ginge, gem. § 18 I FGG eine erstinstanzliche Entscheidung abändern und nicht nur eine Beschwerdeentscheidung sein[4]. Die Abänderung ist aber dem erlassenden, regelmäßig erstinstanzlichen Gericht vorbehalten[5]. Daß dem Beschwerdeführer die Dispositionsbefugnis allein zusteht, folgt auch aus der Zulässigkeit der Anschlußbeschwerde[6]. Im Rechtsmittelverfahren wird nur über dieses Rechtsmittel entschieden, nicht aber der ganze Fall noch einmal neu aufgerollt. Deshalb ist es nötig, daß der andere Beteiligte seinerseits wegen des heute anerkannten Verbots der reformatio in peius auch in der FG[7] seinerseits Rechtsmittel haben muß.

---

3) Bärmann, § 31 II 4 a; Baur, § 29 C I 4.
4) Bärmann, § 31 II 4 b.
5) Bumiller-Winkler, § 18 Anm. 6.
6) Heute im Anschluß an die grundlegende Entscheidung BGHZ 71, 314 (317) allgemein anerkannt. Für alle Verfahren: Baur, § 30 A V; Bassenge-Herbst, FGG, Vor §§ 19-30, Anm. 2 d; für Streitverfahren: Habscheid, § 34 IV 1; BGH, FamRZ 1979, 230 (Hausratsverfahren); BGH, FamRZ 1983, 154 (Versorgungsausgleich); für Verfahren, in denen Beteiligte mit entgegengesetzten Interessen teilnehmen wegen der reformatio in peius: Bärmann, § 32 II 3 c; Lüke, JuS 1979, 863 (868); Keidel-Kuntze-Winkler, § 22 Rdnr.7.
7) H.M.: Verbot der reformatio in peius in den Verfahren, in denen die Beteiligteninteressen überwiegen: Keidel-Kuntze-Winkler, § 19 Rdnr. 90 ff.; Zimmermann, Rpfleger 1959, 251 ff.
A.A.: nur in Streitverfahren: Jansen, § 25 Rdnr. 8-11;
A.A.: in allen Verfahren: Bärmann, § 31 II 5 b; Baur, § 29 C I 5; Fenn, S. 205 f.

2. Erledigungserklärung

a) Zwischen den Instanzen

Tritt die Erledigung nach Erlaß der Entscheidung, aber vor Einlegung eines Rechtsmittels ein, so wird von der h.M.[8] ein Rechtsmittel für unzulässig angesehen. Dies wird damit begründet, daß der Beteiligte nicht mehr beschwert sei. Die Entscheidung gehe, wenn eine Erledigung tatsächlich eingetreten ist, ins Leere und könne keine Wirkung mehr entfalten. Die erstinstanzliche Kostenentscheidung, die den Beteiligten noch belasten könnte, sei wegen § 20 a FGG nicht anfechtbar. Damit bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis für eine zweite Instanz, so daß keine Erledigungserklärungen mehr abgegeben werden könnten.

Demgegenüber hat Habscheid[9] die Meinung vertreten, daß diese Argumente das Rechtsmittel nicht unzulässig machten, sondern höchstens unbegründet. Ein außerhalb des Prozesses liegendes Ereignis könne die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nicht beeinflussen, es müsse erst durch die Erledigungserklärung in das Verfahren eingeführt werden. Rückwirkend könne jedoch die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht entfallen[10]. Formell beschwert sei der Kläger, weil sein Antrag abgewiesen worden ist, materiell wegen der Rechtskraftwirkung des Urteils erster Instanz.
Diese Grundsätze sind heute für den Zivilprozeß allgemein anerkannt[11]. Sie müßten nach Habscheid zumindest auf die Streitsachen der FG übertragen werden[12].

---

8) Jansen, § 19 Rdnr. 36; Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 46; Baur, § 29 A II 3 b bb; Schlegelberger, § 27 Anm. 16; BayObLGZ 1964, 149 (149); BayObLGZ 1978, 205 (206); OLG Karlsruhe, OLGZ 1986, 129 (133).
9) Habscheid, ZfgG 1980, 339 (343); Habscheid, JZ 1963, 579 (580).
10) Habscheid, JZ 1963, 579 (580).
11) BGH, NJW 1975, 539 (539); OLG Hamburg, VersR 1983, 1040; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6 b aa; Gottwald, NJW 1976, 2250 m.w.N.;
a.A. noch Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 4; BGH, NJW 1967, 564.
12) Habscheid, ZfgG 1980, 342.

Auch hier liege formelle (Antrag) und materielle (Rechtskraft) Beschwer vor. Das Obergericht müsse prüfen, ob die Hauptsache wirklich erledigt war, d.h. der Antrag ursprünglich zulässig und begründet war, dann aber erledigt, also unzulässig oder unbegründet wurde[13].

b) Im Rechtsmittelverfahren

Tritt die Erledigung nach Einlegung des Rechtsmittels ein, so wird nach allgemeiner Ansicht[14] die zunächst zulässige Beschwerde unzulässig. Der Beschwerdeführer müsse seine Beschwerde auf den Kostenpunkt beschränken, weil er sonst eine Verwerfung der Beschwerde als unzulässig wegen Wegfalls des Rechtsschutzbedürfnisses mit der zwingenden Kostenfolge aus § 13 a I 2 FGG zu gegenwärtigen habe. Dabei entscheidet das Rechtsmittelgericht nach Beschränkung über die gesamten Kosten ohne Rücksicht auf den Beschwerdewert[15].

Dies widerspricht der herrschenden Ansicht im Zivilprozeß[16]. Wenn dort ein erledigendes Ereignis von den Parteien vorgetragen wird, aber keine Erledigungserklärung abgegeben wird, so bleibt die Berufung zulässig, es ergeht nur ein klageabweisendes Urteil. Es entscheide nur die Beschwer z.Zt. der Rechtsmitteleinlegung, diese könne nicht rückwirkend entfallen.

3. Antragsrücknahme

Unstreitig ist die Antragsrücknahme jedenfalls solange zulässig, als noch keine gerichtliche Entscheidung ergangen

---

13) Habscheid, a.a.O., S. 344.
14) BGH, NJW 1982, 2505 (2506) m.w.N.; BayObLGZ 1971, 182 (184); BayObLGZ 1958, 222 (223); KG, OLGZ 1973, 143 (148); Keidel-Kuntze-Winkler, § 13 a Rdnr. 47; Jansen, § 20 a Rdnr. 11 und § 19 Rdnr. 36; Bumiller-Winkler, § 20 a Anm. 2.
15) BayObLGZ 1968, 195 (200).
16) Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6 b aa; Rosenberg-Schwab, § 137 II 4 c; Stein-Jonas-Grunsky, Allg. Einl. vor § 511 Anm. II 2 d aa; BGH, LM § 511 ZPO Nr. 11; Gottwald, NJW 1976, 2250 (2251) m.w.N.
A.A.: Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 4; BGH, LM § 91 a ZPO Nr. 4; OLG Nürnberg, MDR 1968, 320.

ist und sicher dann nicht mehr, wenn die Entscheidung formell rechtskräftig ist[17].

a) Zwischen den Instanzen

Soweit der Antrag nach Erlaß einer Entscheidung zurückgenommen wird, ist es im Gegensatz zur Erledigung h.M., daß die Antragsrücknahme nur noch im Rechtsmittelverfahren erfolgen kann:

aa) Verfahren mit sofortiger Beschwerde

α) Die Ansicht des BGH
Nach der Ansicht des BGH[18] muß bei Verfahren, deren Entscheidung mit sofortiger Beschwerde angefochten werden kann, Rechtsmittel eingelegt werden. Der BGH setzt hier Aufhebung mit Abänderung i.S.d. § 18 FGG gleich. Somit sei es im Hinblick auf § 18 Abs. 2 FGG dem Ausgangsgericht verboten, die Entscheidung aufzuheben, dies könne nur das Rechtsmittelgericht. Der BGH zieht keine Parallele zu § 269 III ZPO, sondern verlangt eine gerichtliche Entscheidung[19]. Nachteil dieser Ansicht ist es, daß ein Rechtsmittel statthaft und zulässig sein muß, sonst kann der Antragsteller seinen Antrag nicht zurücknehmen. Wenn somit dem Antrag stattgegeben wurde, hat der Antragsteller kein Beschwerderecht und kann den Antrag nicht zurücknehmen. Dies widerspricht jedoch der Dispositionsbefugnis des Antragstellers: Warum sollte der Antragsteller den Antrag nicht zurücknehmen können, solange die Entscheidung noch keine Auswirkungen gezeigt hat.

Desgleichen ist die Antragsrücknahme ausgeschlossen, wenn kein Rechtsmittel mehr möglich ist, wenn z.B. nach Entschei-

---

17) Baur, § 21 II 2 c; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 2a.
18) BGH, NJW 1959, 1323.
19) Ebenso OLG Hamm, RdL 1961, 205; Schlegelberger, § 18 Anm. 22: Die Zurücknahme des Antrags ist nur bis zur gerichtlichen Entscheidung statthaft.

dung über die Beschwerde die weitere Beschwerde ausgeschlossen ist, weil keine Gesetzesverletzung geltend gemacht werden kann.

β) Die Ansicht Jansens

Diesen Schwierigkeiten begegnet Jansen[20] in der Weise, daß es bei Entscheidungen mit sofortiger Beschwerde keines Rechtsmittels bedürfe, um den Antrag zurückzunehmen. Jansen verweist auf die Analogie zu § 269 III 1 2. HS ZPO, wonach die Entscheidung automatisch hinfällig werde. Ähnlich wie im Zivilprozeß ist die Entscheidung in Verfahren mit sofortiger Beschwerde mit Erlaß noch nicht wirksam, sie erwächst in formelle und materielle Rechtskraft. Wenn zuvor der Antrag zurückgenommen werde, könne die Rechtsmittelfrist nicht mehr laufen, das Verfahren sei beendet. Es bedürfe keiner Aufhebung durch das Gericht. Die Wirkungslosigkeit könne aber analog § 269 III ZPO auf Antrag dessen, der durch die Entscheidung beschwert worden wäre, deklaratorisch festgestellt werden[21].

γ) Die Ansicht Baurs

Eben wegen dieser Analogie ist Baur[22] der Ansicht, daß § 269 III ZPO allenfalls in den Streitverfahren der FG anwendbar sei. Nur bei diesen sei die prozessuale Lage mit dem Zivilprozeß vergleichbar, für andere Antragssachen fehle eine dem § 269 III ZPO entsprechende Bestimmung über den Wegfall einer bereits ergangenen gerichtlichen Entscheidung. Die Befugnis der Beteiligten, die gerichtliche Entscheidung unwirksam zu machen, sei nicht ausdrücklich festgeschrieben. Das Gericht müsse daher seinen eigenen Beschluß ausdrücklich aufheben. Das könne es nur auf Antrag.
Baur empfiehlt als Ausweg den Antrag auf Aufhebung wegen

---

20) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 18.
21) Ebenso Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 2 b.
22) Baur, § 21 II 2 c; ebenso Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 6; Rötelmann, MDR 1959, 653 (654).

veränderter Umstände[23]. Dieser kann aber, wie erläutert, nicht in Verfahren mit sofortiger Beschwerde eingreifen, da das Untergericht seine Entscheidung nicht abändern und damit auch nicht aufheben kann.

bb) Verfahren mit einfacher Beschwerde

α) H.M.: Beschwerdeeinlegung

In Literatur und Rechtsprechung[24] ist es h.M., daß in den Verfahren, deren Entscheidung mit einfacher Beschwerde angefochten werden kann, ein Rechtsmittel eingelegt werden muß, um den Antrag zurücknehmen zu können. Da die Entscheidungen bereits mit Bekanntmachung (§ 16 I FGG) wirksam werden, könne die Zurücknahme des Antrags nach Erlaß der Verfügung nicht von selbst deren Unwirksamkeit herbeiführen. Dies sei insbesondere in den Fällen der Verfügung mit Dauerwirkung unabdingbar. Der Antragsteller muß daher, sofern er beschwerdeberechtigt ist, Beschwerde zwecks Zurücknahme des Antrages einlegen und die Verfügung muß vom Beschwerdegericht (bzw. Ausgangsgericht im Wege der Abhilfe) aufgehoben werden.

Voraussetzung ist auch hier, daß die Beschwerde zulässig ist[25].

β) Die Ansicht Bassenges

Bassenge[26] fordert ebenso wie die h.M. die Einlegung eines Rechtsmittels, arbeitet jedoch mit dem Institut der Verwirkung des Beschwerderechts, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden.

---

23) Baur, § 21 II 2 c.
24) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 18; Bärmann, § 18 I 1 a; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 6; OLG Hamm, RdL 1961, 205 (206).
25) Vgl. BGH, NJW 1959, 1323: Die Antragsrücknahme setzt die Zulässigkeit des Rechtsmittels voraus.
26) Bassenge, JR 1974, 142 ff.

Da es wegen der fehlenden formellen Rechtskraft keine dauernde Rechtshängigkeit gebe, müsse die Rechtshängigkeit durch den Erlaß der Entscheidung zeitlich begrenzt werden. Mit Bekanntmachung (§ 16 I FGG) bzw. alsbald danach (§ 16 II FGG) werde die Entscheidung wirksam. Diese Wirkungen könnten nicht durch eine Beteiligtenhandlung, sondern nur durch eine aufhebende gerichtliche Entscheidung aufgrund eines Rechtsmittels[27] entfallen. Soweit die Unbilligkeit besteht, daß der Antragsteller die gerichtliche Verfügung auch nach längerer Zeit im Verhältnis zu den anderen Beteiligten unwirksam machen kann, will Bassenge die Beschwerde unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung des Beschwerderechts als unzulässig ansehen[28].

γ) Die Ansicht des Kammergerichts

Das Kammergericht[29] geht davon aus, daß in allen Antragssachen, ohne Beschränkung auf die Streitsachen, grundsätzlich eine Antragsrücknahme zwischen den Instanzen mit der Folge zulässig ist, daß eine bereits ergangene, noch nicht rechtskräftige Entscheidung ohne besondere Entscheidung wirkungslos wird. Einer Rechtsmitteleinlegung bedürfe es auch bei Verfahren mit unbefristeter Beschwerde nicht. Die Einleitungsbefug-

---

27) Bassenge, a.a.O., S. 143.
Dabei vernachlässigt Bassenge jedoch, daß auch das Zivilurteil, wenn es verkündet ist, vor Rechtskraft nicht völlig wirkungslos ist. Durch die vorläufige Vollstreckbarkeit kann z.B. der obsiegende Kläger in einem Räumungsprozeß nach Leistung der Sicherheit räumen lassen. Gleiches gilt für erstinstanzliche Urteile, gegen die mangels Erreichung der Berufungssumme kein Rechtsmittel möglich ist. Auch die verfahrens- und materiellrechtlichen Wirkungen der FG-Entscheidungen stehen unter dem Vorbehalt, daß keine Beschwerde eingelegt wird, keine Änderungsentscheidung ergeht usw. Wenn der Kläger im Zivilprozeß das wirksame Urteil ohne Handlung des Gerichts gem. § 269 ZPO unwirksam machen kann, so müßte dies auch dem Antragsteller in der FG möglich sein, da durch seine Antragsbefugnis deutlich wird, daß das Verfahren auch seinen Interessen dienen soll.
28) Bassenge, a.a.O., S. 144.
29) KG, OLGZ 1972, 64 ff = NJW 1971, 2270 ff.

nis, die dem Antragsteller wie dem Kläger im Zivilprozeß zusteht, gestatte dem Antragsteller auch das von ihm in Gang gesetzte Verfahren analog § 269 ZPO zu beenden. Das Außerkrafttreten der Entscheidung des Ausgangsgerichtes als Folge der Antragsrücknahme ergebe sich aus der entsprechenden Anwendung des § 269 III 1, 2. HS. ZPO. Im Zivilprozeß sei es unbestritten[30], daß die Klage auch zwischen den Instanzen zurückgenommen werden könne. Dieser Grundsatz sei auch in der FG anzuwenden, weil die Natur des Verfahrens dem nicht entgegenstehe und kein Grund ersichtlich sei, die Antragsrücknahme, wenn sie in FG-Angelegenheiten zugelassen sei, anders als im Zivilprozeß zu handhaben. Dies gelte auch für Verfahren mit einfacher Beschwerde[31].

Der Ansicht von Baur[32], die Antragsrücknahme zwischen den Instanzen sei nur für echte Streitverfahren zuzulassen, hält das KG entgegen, daß die Antragsrücknahme nicht dem Zivilprozeß eigentümlich sei, sondern Ausfluß der insoweit auch in der FG geltenden Dispositionsmaxime sei[33]. Soweit die Antragsrücknahme für unzulässig erachtet wird, weil die Gerichte nur eingeschränkt zur Abänderung befugt seien[34], weist das KG darauf hin, daß im Zivilprozeß gem. § 318 ZPO eine Änderung des Urteils ausgeschlossen ist, dennoch gem. § 269 III ZPO die Rücknahme zwischen den Instanzen möglich ist. Die Feststellung der Wirkungslosigkeit des erlassenen Urteils sei nur deklaratorisch und obläge der Instanz, die das nunmehr wirkungslose Urteil erlassen habe[35].

Der Ansicht von Jansen[36], der sich darauf beruft, daß es

---

30) Rosenberg-Schwab, § 131 I 3 b; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 269 Anm. 2 C; OLG Stuttgart, VersR 1961, 1097.
31) KG, a.a.O., S. 2271.
32) S.o., S. 199.
33) KG, a.a.O., S. 2271.
34) § 18 II FGG: OLG Karlsruhe, RdL 1955, 18. § 18 I FGG: Jansen, § 18 Rdnr. 17; Habscheid, § 27 II 1 c. Nur die von ihm selbst erlassene Entscheidung kann das Ausgangsgericht abändern, das Beschwerdegericht kann dies nicht, da es nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung mit der Sache nicht mehr befaßt ist.
35) KG, a.a.O., S. 2271/2272.
36) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 18.

im Ergebnis unerträglich wäre, wenn im Verfahren mit einfacher Beschwerde noch lange Zeit nach Erlaß die Entscheidung durch Antragsrücknahme unwirksam würde, hält das KG entgegen, daß die anderen Beteiligten auch hier nicht auf das Weiterbestehen der Entscheidung vertrauen könnten. Der Antragsteller könne jederzeit Rechtsmittel einlegen, wobei im Rechtsmittelverfahren die Entscheidung aufgehoben werden könne. Zwar seien die anderen Beteiligten bei nochmaligem gerichtlichem Verfahren geschützter, weil hier ihre Interessen gewahrt werden. Zu Recht weist das KG dazu jedoch darauf hin, daß man diesen Schutz auch dadurch erreichen könnte, wenn man - entgegen der h.M.[37] - die Antragsrücknahme von der Zustimmung der anderen Beteiligten abhängig macht[38].

b) Im Rechtsmittelverfahren

Die Antragsrücknahme ist bis zur formellen Rechtskraft in jeder Verfahrenslage durch Erklärung gegenüber dem Gericht möglich, bei dem sich das Verfahren befindet. Insofern ändert sich gegenüber der ersten Instanz nichts. Lediglich in der Zeit zwischen den Instanzen soll die Antragsrücknahme nicht möglich sein (s.o.). Die h.M.[39], die zur Antragsrücknahme eine Rechtsmitteleinlegung fordert, setzt demgemäß die Zulässigkeit des Rechtsmittels voraus. Die Rücknahme des Antrags sei dann unzulässig und unwirksam, wenn die Entscheidung im Rechtsmittelverfahren nicht mehr abgeändert werden kann[40].

Diese Ansicht kommt auch hier zu den erwähnten Schwierigkeiten[41], da Beschwerdebefugnis und Antragsrücknahme verknüpft werden. Dies dürfte unvereinbar mit der Dispositionsbefugnis des Antragstellers sein. Wer wie im Zivilprozeß die Verfügungsbefugnis über das Verfahren hat, muß auch berechtigt sein, das von ihm in Gang gesetzte Verfahren zu been-

---

37) S.o., S. 14.
38) KG, a.a.O., S. 2272.
39) S.o., S. 200.
40) BGH, NJW 1959, 1323.
41) S.o., S. 198.

den[42]. Warum soll der Antragsteller, weil er es sich anders überlegt hat, den Antrag nach Erlaß der erstinstanzlichen Entscheidung, die seinem Antrag entsprochen hat, nicht noch zurücknehmen können? Nach h.M. würde dies an der mangelnden Beschwerdebefugnis scheitern[43].

III. Diskrepanz in der Beurteilung von Erledigungserklärungen und Antragsrücknahme

Nach den bisher erörterten Meinungen ergeben sich zwischen Erledigungserklärung und Antragsrücknahme Unterschiede, die unvereinbar sind mit der Tatsache, daß der Antragsteller wahlweise mit Antragsrücknahme oder Erledigungserklärung auf das erledigende Ereignis verfahrensmäßig reagieren kann[44].

1. Zwang zur Rechtsmitteleinlegung

Bei Erledigung zwischen den Instanzen wird die Rechtsmitteleinlegung für unzulässig gehalten, da es nunmehr kein Rechtsschutzbedürfnis für die zweite Instanz gebe; es läge keine Beschwer mehr vor. Die Antragsrücknahme wiederum soll nur in zweiter Instanz erfolgen können.

Der Beteiligte kann also nicht mehr für erledigt erklären, da er kein Rechtsmittel einlegen kann. Die erste Instanz ist beendet. Er kann aber ein Rechtsmittel einlegen, um dann den Antrag zurückzunehmen. Dabei kann das tatsächliche Erledigungsereignis, das zur Erledigungserklärung berechtigen würde, auch der Beweggrund sein, den Antrag zurückzunehmen. Derartige unterschiedliche Rechtsfolgen sind nicht gerecht-

---

42) So BGH, NJW 1959, 1323.
43) Bassenge, JR 1974, 142 (143) versucht daher, die Beschwerdebefugnis zu erweitern. Da die gerichtliche Entscheidung durch eine weitere ersatzlos aufgehoben werden müsse, die nicht nur deklaratorisch sei, müsse die Beschwerde in diesen Fällen in jeder Hinsicht zulässig sein.
44) S.o., S. 13 ff, 23 ff.

fertigt. Der Antragsteller wird gezwungen, ein Rechtsmittel einzulegen, nur weil zufällig das Erledigungsereignis zwischen den Instanzen eingetreten ist. Dadurch wird die Wahlfreiheit des Antragstellers unnötig beeinträchtigt. Außerdem wird eine weitere Instanz mit der Sache befaßt, was neue Kosten und vermeidbare Inanspruchnahme der Gerichte bedeutet. Weiterhin ist auch fraglich, ob ein Rechtsmittel, das lediglich zum Zweck der Antragsrücknahme eingelegt wird, wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses überhaupt zulässig ist[45].

2. Abänderungsverfahren

Es besteht natürlich die Möglichkeit, durch einen neuen Antrag ein Abänderungsverfahren einzuleiten, in dem der Antragsteller erreichen könnte, daß die gerichtliche Verfügung aufgehoben wird (wenn nicht § 18 II FGG vorliegt). Aber auch dieser Weg ist umständlich und mit der Dispositionsmaxime nicht vereinbar, wenn es die Möglichkeit gibt, daß die Beteiligten selbst die gerichtliche Verfügung unwirksam machen können, sofern es sich nur um die Aufhebung, nicht um die inhaltliche Änderung handelt.

3. Zufallsentscheidung

Schließlich ist zu beachten, daß es u.U. vom Zufall abhängt, ob sich das Verfahren zwischen den Instanzen oder erst im Rechtsmittelverfahren erledigt. Tritt die Erledigung zwischen den Instanzen ein, so bekommt der Antragsteller keine aufhebende Entscheidung und kann auch keine andersgelagerte Kostenentscheidung mehr erreichen. Tritt dagegen die Erledigung zufällig im Rechtsmittelverfahren ein, so kann der Antragsteller entweder durch Antragsrücknahme oder Erledigungserklärung die Wirkungslosigkeit der gerichtlichen Entscheidung und eine Überprüfung der Kostenentscheidung herbeiführen. Durch Rücknahme der Beschwerde wird über die

---

45) Vgl. Bassenge, JR 1974, 143 FN 31.

Kosten der zweiten Instanz, bei Erledigungserklärung aber über die Kosten beider Instanzen entschieden[46], bei Antragsrücknahme entzieht der Antragsteller das Verfahren ganz[47].

4. Beschwer wegen Feststellungsinteresse

Die h.M., die bei Erledigung zwischen den Instanzen ein Rechtsmittel für unzulässig hält, selbst wenn es auf die Kosten beschränkt wird[48], nimmt an, es bestehe keine Beschwer mehr. Das folgt für die h.M. daraus, daß sie der Ansicht ist, nach Erledigung könne nicht mehr festgestellt werden, ob die Maßnahme zulässig und begründet gewesen sei, da das Beschwerdegericht nicht die erstinstanzliche Entscheidung überprüfe, sondern die Sach- und Rechtslage z.Zt. des Entscheidungszeitpunktes der zweiten Instanz neu beurteile. Wenn die Voraussetzungen z.Zt. der Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht mehr vorlägen, sei der Beschluß aufzuheben. Für eine Prüfung, ob sie auch im Zeitpunkt des Erlasses der amtsgerichtlichen Anordnung vorgelegen haben, sei kein Raum[49]. Man schließt somit das sog. Fortsetzungsfeststellungsinteresse i.S.d. § 113 I 4 VwGO für die FG aus, das darin bestehen könnte, feststellen zu lassen, daß eine Maßnahme, etwa eine Unterbringung, rechtswidrig war, nachdem der Beschwerdeführer entlassen worden ist. Nur mittelbare Interessen, wie Leumund, Schadensersatz usw. reichen jedoch nach h.M. nicht aus, analog § 113 I 4 VwGO eine solche Entscheidung nach Erledigung der Hauptsache treffen zu können[50].

Es ist jedoch schon dargelegt worden[51], daß es ein unterschiedliches Rechtsschutzbedürfnis zwischen dem Fortsetzungs-

---

46) BGH, NJW 1982, 2505 (2506).
47) S.o., S. 19.
48) BayObLGZ 1978, 205 (206); im übrigen vgl. S. 196.
49) OLG Celle, NdsRpfl. 1965, 155 (156); BayObLG, ZZP 94, 458.
50) OLG Köln, FamRZ 1971, 190 (191); OLG Celle, a.a.O., BayObLG, a.a.O.; OLG Frankfurt, NJW 1969, 561 (562); LG München, Rpfleger 1973, 432.
A.A.: Hager, ZZP 94, 407 (413).
51) S.o., S. 146 ff.

feststellungsinteresse und der Erledigungsfeststellung gibt. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag will festgestellt wissen, daß die erstinstanzliche Entscheidung rechtswidrig, weil unbegründet oder unzulässig war. Nach dem Antrag auf Erledigungsfeststellung soll ausgesprochen werden, daß die getroffene Entscheidung jetzt unwirksam ist, weil die Erledigung eingetreten ist. Auf die frühere Zulässigkeit bzw. Begründetheit kommt es nicht an; genauso wie bei der übereinstimmenden Erledigungserklärung ebenfalls nicht geprüft wird, ob die Klage zunächst zulässig[52] oder begründet war[53].

Das Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich für die FG zwanglos: Bei Verfahren mit einfacher Beschwerde, die i.d.R. Dauerwirkung entfalten, muß festgestellt werden, ab wann die ursprüngliche Entscheidung wirkungslos wird, bei Verfahren mit sofortiger Beschwerde muß eine gerichtliche Feststellung erfolgen, daß die erlassene Entscheidung wegen ihrer materiellen Rechtskraft unwirksam wird[54].

5. Folgerungen

Die aufgezeigten Schwierigkeiten ließen sich vermeiden, wenn der Antragsteller, auch ohne Rechtsmittel einlegen zu müssen, in der Zeit zwischen den Instanzen für erledigt erklären könnte. Ein Abänderungsverfahren bzw. die zweite Instanz entfiele. Schließlich gäbe es für die Beteiligten Rechtssicherheit, indem sie wüßten, daß und ab wann die Entscheidung wirkungslos wird.
Im folgenden soll untersucht werden, ob die Lösungsmöglichkeiten, die im Zivilprozeß und im Verwaltungsprozeß entwikkelt worden sind, übertragen werden können.

---

52) BGH, WPM 1977, 332/333.
53) OLG Nürnberg, NJW 1975, 2206 (2207); Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6.
54) Vgl. im einzelnen S. 233.

IV. Lösungen im Zivilprozeß

1. Erledigung zwischen den Instanzen

Auch im Zivilprozeß hat es eine Entwicklung gegeben. Früher h.M. war es, daß ein Rechtsmittel unzulässig sei, weil es sich nur gegen die Kostenentscheidung richte (§ 99 I ZPO[55]). Später bejahte man die materielle (Rechtskraftwirkung) und formelle (Antragsabweisung) Beschwer[56]. Heute hat sich die Meinung durchgesetzt, daß es keiner Rechtsmitteleinlegung bedürfe, sondern die Parteien die übereinstimmende Erledigungserklärung noch vor dem erstinstanzlichen Gericht auch nach Urteilserlaß abgeben können[57]. Diese Entwicklung vom gemeinsamen Ausgangspunkt der Unzulässigkeit des Rechtsmittels könnte Hinweise auf die Problematik in der FG geben.

a) Keine Sachbeschwer (BGH, LM § 91 a ZPO Nr. 4)

Bei Erledigung der Hauptsache zwischen den Instanzen sei es das Ziel des in erster Instanz Unterlegenen, lediglich nachzuweisen, daß ihm mit dem Urteil Unrecht getan worden sei. Dies begründe kein rechtsschutzwürdiges Interesse an einem Rechtsmittel. Wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Erledigung fehle es zudem an einer Sachbeschwer[58]. Wenn aber das Rechtsmittel unstatthaft sei, könne das Gericht nicht gem. § 91 a ZPO nach übereinstimmender Erledigungserklärung nur noch über die Kosten entscheiden[59]. In Wirklichkeit richte sich das Rechtsmittel nur gegen die Kostenentscheidung. Die Anfechtung der Entscheidung allein im Kostenpunkt sei jedoch gem. § 99 I ZPO unstatthaft, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel

---

55) BGH, LM § 91 a ZPO Nr. 4; s. a).
56) BGH, NJW 1975, 539; s. b).
57) Grundlegend LAG Hamm, NJW 1972, 2063 ff; im einzelnen vgl. c).
58) OLG Nürnberg, MDR 1968, 420; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 4.
59) BGH, LM § 91 a ZPO Nr. 4; BGH, JR 1953, 385.

eingelegt werde[60]. Dies sei aber wegen der mangelnden Beschwer nicht möglich. Das Kosteninteresse allein genüge nicht, um die Beschwer zu begründen, eine Entscheidung abzuändern[61].

b) Formelle und materielle Beschwer (BGH,NJW 1975,539)

In der Literatur und Rechtsprechung hat man jedoch erkannt, daß dieses Ergebnis wenig befriedigt. Der Zufall, daß die Hauptsache sich zwischen den Instanzen erledigt, kann dem Unterlegenen nicht derartig schwerwiegende Nachteile bringen.

Im Anschluß an Habscheid[62] hat sich dann die Meinung durchgesetzt[63], daß auch in diesem Fall eine Sachbeschwer vorliege, die das Rechtsmittel zulässig erscheinen lasse. Die formelle Beschwer liege darin, daß der unterlegene Kläger erster Instanz mit seinen Anträgen abgewiesen worden sei. Im Hinblick auf die Rechtskraftwirkung des erstinstanzlichen Urteils liege auch eine materielle Beschwer vor, ebenso wegen der Vollstreckungswirkung[64/65]. Der Rechtsstreit erledige sich nicht schon durch das tatsächliche Ereignis, das noch keine prozessuale Bedeutung habe, sondern erst durch die Erledigungserklärungen[66]. Die Beschwer bestimme sich nach dem Zeitpunkt des Urteilserlasses; sie könne nicht durch die Veränderung der Sachlage entfallen[67]. Das gelte für die

---

60) BGH,a.a.O.
61) BGH, JR 1953, 385.
62) Habscheid, MDR 1954, 589 ff.
63) Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 51; Rosenberg-Schwab, § 137 II 3, § 133 III 4 a; Blomeyer, § 97 II 5 b; Göppinger, S.290 ff; OLG Zweibrücken, OLGZ 1975, 46 m.w.N.; OLG Hamburg, VersR 1983, 1040 m.w.N.; LG Bonn, NJW 1973, 1934.
64) BGH, NJW 1975, 539 (540).
65) So auch im Verwaltungsprozeß; vgl. OVG Münster, OVGE 28, 177 (181); OVG Koblenz, DVBl 1973, 894.
66) OLG Frankfurt, MDR 1971, 853 (853); OLG Stuttgart, ZZP 74, 467 (468). Der Anspruch wird durch das erledigende Ereignis unbegründet, was für die Frage der Beschwer außer Betracht bleiben muß (OLG Stuttgart, a.a.O.).
67) BGHZ 1, 29 f.; BGH, NJW 1967, 564 (565).

Fälle, in denen die Erledigung unabhängig von den Parteien eintritt[68], wenn das Ereignis vom Gegner herbeigeführt wird und selbst dann, wenn der Rechtsmittelkläger die Erledigung willkürlich verursacht[69]. Denn solange die Entscheidung nicht formell aufgehoben ist, sei der Rechtsmittelführer durch den angefochtenen Titel unverändert nachteilig betroffen.

Daher bestehe auch ein generelles Rechtsschutzbedürfnis für das Rechtmittel[70]. Teilweise wird abweichend davon eine besondere Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses vorgenommen[71]. So fehle das Rechtsschutzbedürfnis, wenn das Erledigungsereignis vom Kläger selbst herbeigeführt worden sei, desgleichen, wenn es sich lediglich um Vorfragen oder Urteilselemente handele[72]. Gottwald[73] weist jedoch darauf hin, daß es nicht auf die konkreten Ziele der einzelnen Partei ankomme, sondern auf die allgemeine Situation; sonst vermische man Zulässigkeit mit Begründetheit und beziehe jedes Erlöschen des Anspruchs in den Bereich der der Amtsprüfung unterliegenden Tatsachen mit ein.
Anders könne es sich im Beschlußverfahren verhalten, sofern nicht ausnahmsweise materielle Rechtskraft vorliegt. Hier sei eine Anfechtung unnötig, weil der Beschluß irreversibel vollzogen ist oder durch das Erledigungsereignis prozessual gegenstandslos ist, da überholt. Der Beschluß werde dann nicht aufgehoben, die Beschwerde sei unzulässig[74].

c) Erledigungserklärung vor dem erstinstanzlichen Gericht (LAG Hamm, NJW 1972, 2063)

Nach den bisherigen Meinungen muß die Erledigungserklärung in

---

68) Göppinger, S. 294; OLG Zweibrücken, OLGZ 1975, 44 (47).
69) Gottwald, NJW 1976, 2250 (2251); a.A.: BGH, LM § 511 ZPO Nr. 11.
70) Gottwald, a.a.O.; LG Bonn, NJW 1973, 1934 (1934).
71) Blomeyer, § 97 II 4; OLG Frankfurt, MDR 1971, 853 (854).
72) BGH, LM § 511 ZPO Nr. 11.
73) Gottwald, NJW 1976, 2250 (2251).
74) Gottwald, a.a.O., S. 2252.

zweiter Instanz abgegeben werden, was die Zulässigkeit des Rechtsmittels voraussetzt. Diese muß aber nicht immer gegeben sein (z.B. Nichterreichen der Berufungssumme, Fehlen der Beschwer). Es ist jedoch mißlich, wenn der Kläger die falsche oder zumindest falsch gewordene Kostenentscheidung nicht ändern lassen könnte. Zudem ist die Einlegung eines Rechtsmittels sinnlos, wenn in Wahrheit nicht die Aufhebung des angefochtenen Urteils, sondern eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits durch Erledigungserklärungen erstrebt wird[75].

Deshalb vertritt eine neuere Meinung[76], die auf die Entscheidung des LAG Hamm[77] zurückgeht[78], die Auffassung, daß das erledigende Ereignis noch während des Laufs der Rechtsmittelfrist vor Einlegung des Rechtsmittels gegenüber dem Gericht der unteren Instanz angezeigt werden könne. Dessen Zuständigkeit werde dann begründet. Auf Antrag habe es durch Beschluß auszusprechen, daß das bereits ergangene Urteil wirkungslos geworden sei und habe nunmehr eine Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO zu treffen[79].

Diese Ansicht kann heute in der Literatur als herrschend angesehen werden. Die Rechtsprechung ist ihr, soweit ersichtlich, noch nicht gefolgt, sondern hält an der Notwendigkeit der Rechtsmitteleinlegung fest[80]. Dies liegt offenbar an dem Umstand, daß die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle allesamt zunächst einseitige Erledigungserklärungen

---

75) Schwab, Festschrift, S. 449.
76) Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 14; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 21; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6 a aa; Jauernig, § 42 VI 2 a; Rosenberg-Schwab, § 130 II 2; Blomeyer, § 64 II 2; Schwab, Festschrift, S. 445 (453); Schneider, Kostenentscheidung, S. 142.
77) LAG Hamm, NJW 1972, 2063 f = MDR 1972, 1063 f = JuS 1963, 116 mit zust. Anmerkung von Walchshöfer, NJW 1973, 294 f.
78) So aber schon Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 64 II 2.
79) Soweit man mit der h.M. das Ende der Instanz mit der Rechtsmitteleinlegung oder dem Verstreichen der Rechtsmittelfrist annimmt; vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 176 Anm. 2 D; Schwab, Festschrift, S. 447;
a.A.: Wieczorek, § 99 Anm. 2 c: mit Verkündung;
a.A.: Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 5 II 2 a; Zöller-Stephan, § 176 Rdnr. 2: mit Zustellung des Urteils.
80) Vgl. zuletzt BGH, NJW 1975, 539 f.; OLG Köln, MDR 1979, 498 f.

betrafen, später erst der Gegner zustimmte. Wegen der Bindung des Ausgangsgerichts nach § 318 ZPO ist aber eine einseitige Erledigungserklärung zwischen den Instanzen nicht möglich[81].

Somit ist hier eine Rechtsmitteleinlegung für den Kläger geboten, will er nicht das Risiko eingehen, daß er die Rechtskraftwirkung des Urteils nicht mehr beseitigen kann, wenn der Gegner nicht rechtzeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zustimmt[82].

Eröffnet wird diese Möglichkeit dadurch, daß man die Wirksamkeit der beiderseitigen Erledigungserklärungen zuläßt, auch wenn sie nicht in mündlicher Verhandlung, sondern lediglich schriftlich gegenüber dem Gericht abgegeben werden. Die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO bedürfe nicht notwendig einer vorausgegangenen mündlichen Verhandlung[83]. Das LAG Hamm weist darauf hin, daß sich die h.M. nur darauf stützen könne, daß das Verfahren nach § 91 a ZPO nicht ausdrücklich vom Grundsatz der mündlichen Verhandlung ausgenommen sei, so daß es bei dem zwingenden Erfordernis der Mündlichkeit verbleiben müsse[84]. Das Mündlichkeitsprinzip sei aber heute durchbrochen (§§ 128 II, 148 ff, 273 ZPO), so daß der verfahrenssystematische Ausgangspunkt nicht länger haltbar erscheine. Die Anwendung des Mündlichkeitsprinzips richte sich heute weitgehend nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten. Zumindest im Arbeitsgerichtsprozeß werde die Entscheidung nach Aktenlage gefällt, da nach h.M. keine Beweisaufnahme

---

81) Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 38; Gottwald, NJW 1976, 2250 (2251); Schwab, Festschrift, S. 453; OVG Saarlouis, NJW 1978, 121 f.
82) Daher läßt Schneider (MDR 1979, 499) auch beide Möglichkeiten zu
83) LAG Hamm, MDR 1972, 1063 (1063); a.A.: BGH, NJW 1968, 991 (992): erst in der mündlichen Verhandlung wird die Erklärung bindend.
84) So BGH, NJW 1968, 991 (992).

mehr möglich sei[85]. Nichts anderes kann aber auch für den Zivilprozeß gelten: Erfahrungsgemäß werde nach Abgabe der übereinstimmenden Erledigungserklärungen in Wirklichkeit nicht mehr mündlich verhandelt[86]. Vielmehr würden nur die Erklärungen und Kostenanträge der Parteien zu Protokoll genommen, sodann werde ein Spruchtermin anberaumt[87].

Andere begegnen dem Problem der mündlichen Verhandlung dadurch, daß sie auf das Postulat der mündlichen Verhandlung generell verzichten[88]. Nach Rosenberg-Schwab[89] soll ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt werden, um die Erledigungserklärungen abzugeben, so daß auch insoweit ein Rechtsmittel erspart würde.

Entscheidendes Argument ist die Vergleichbarkeit mit der Klagerücknahme. Diesem, von Blomeyer[90] zuerst aufgegriffenen Argument ist das LAG Hamm beigetreten und hat es ausgebaut. Wenn die Parteien durch einverständliche Klagerücknahme zwischen den Instanzen durch Erklärung gegenüber dem iudex a quo den Rechtsstreit mit der Wirkung beenden können, daß das ergangene Urteil wirkungslos werde, so müsse dies um so mehr für die gemeinsame Erledigungserklärung gelten. Die übereinstimmende Erledigungserklärung führe als privilegierte Klagerücknahme zu derselben prozessualen Situation, so daß

---

85) H.M.: Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 3 A c; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 10 a;
a.A.: BGHZ 21, 298 (300); Smid, ZZP 97, 245 (313 f): wegen Art. 103 GG;
differenzierend Schneider, MDR 1976, 885 (888): grundsätzlich keine Beweisaufnahme, aber kein Verbot durch § 91 a ZPO.

86) Schneider, Kostenentscheidung, S. 141.

87) Zumal die Stellung von Kostenanträgen im Verfahren nach § 91 a ZPO nicht notwendig ist. Dem rechtlichen Gehör wird mit schriftlichen Ausführungen der Parteien genüge getan; vgl. Walchshöfer, NJW 1973, 294 (294).

88) Grunsky, Verfahrensrecht, § 12 II 3: ähnlich wie Klagerücknahme; so auch Göppinger, S. 52.

89) Rosenberg-Schwab, § 130 II 2.

90) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 64 II 2.

§ 269 ZPO wenigstens sinngemäß angewendet werden könne[91]. Damit ist auch dem Argument der Gegenmeinung[92] begegnet, daß das erstinstanzliche Gericht gem. § 318 ZPO an seine Entscheidung gebunden sei. Durch die beiderseitigen Erledigungserklärungen wird das Urteil nicht aufgehoben, es wird nur wirkungslos; Parteien und Gericht beseitigen das Urteil nicht. Das Gericht ist somit nicht gehindert, durch Beschluß eine von dem wirkungslosen Urteil abweichende Kostenentscheidung zu treffen[93/94].

2. Erledigung im Rechtsmittelverfahren

Im höheren Rechtszug ist die Zulässigkeit des Rechtsmittels ausnahmslos Voraussetzung für die Abgabe der Erledigungserklärung[95]. Unstreitig muß das Rechtsmittel statthaft, in rechter Form und Frist eingelegt und die Rechtsmittelsumme erreicht sein. Schließlich muß das Rechtsmittelgericht über die Kosten eine Entscheidung treffen, was ihm aber verwehrt wäre, wenn es sich mit der Hauptsache nicht befassen dürfte.

Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels ist weiterhin die Beschwer. Der Rechtsmittelführer ist nach heute allgemeiner Meinung[96] beschwert, wenn sein Antrag in erster Instanz zumindest teilweise abgewiesen wurde (formelle Beschwer) und weil das Urteil in materielle Rechtskraft erwächst (materielle Beschwer)[97].

---

91) LAG Hamm, NJW 1972, 2063 (2064).
92) Göppinger, S. 290 FN 9.
93) Walchshöfer, NJW 1973, 294 (295).
94) So kann auch die Berufungsrücknahme noch nach Verkündung des Berufungsurteils und vor Eintritt der Rechtskraft erklärt werden: LAG Hamm, a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Albers, § 515 Anm. 2 A; Thomas-Putzo, § 515 Anm. 2 b.
95) Allg. Ansicht: BGHZ 50, 197 (198); BGH, LM § 91 a ZPO Nr. 2 (Revision); Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6 b; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 51; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 20; Göppinger, S. 287.
96) Vgl. S. 209.
97) Früher z.T. anders, vgl. RG, HRR 1931 Nr. 141 und 363: der Nachteil bestehe lediglich in der Kostenlast.

Die Beschwer muß zur Zeit der Rechtsmitteleinlegung vorhanden gewesen sein[98]. Spätere Verminderungen des Beschwerdegegenstandes sind unschädlich[99]. Tritt daher das erledigende Ereignis im Rechtsmittelverfahren ein, so wird das Rechtsmittel nicht unzulässig.

Ausnahmen können sich ergeben, wenn das Rechtsschutzbedürfnis fehlt: So, wenn das erledigende Ereignis vom Kläger selbst herbeigeführt worden ist[100], wenn der Beklagte in vorbehaltloser Erfüllung dem Urteil nachgekommen ist[101] oder wenn nur vorgreifliche Rechtsverhältnisse als Urteilselemente geprüft werden sollen[102].

V. Erledigung zwischen den Instanzen in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Es fragt sich, ob die im Zivilprozeß gefundenen Lösungen und deren Entwicklung auf die FG Anwendung finden können. Der Ausgangspunkt ist im Zivilprozeß und in der FG gleich: Bei Erledigung der Hauptsache zwischen den Instanzen ist kein Rechtsmittel und keine Erledigungserklärung möglich. Gelänge es, die Entwicklung in der FG entsprechend dem Zivilprozeß fortzuschreiben, wären ggf. die Beteiligten in der FG auch nach Erlaß der Entscheidung befugt, die Erledigung wirksam zu erklären.

1. Gibt es in der FG eine Lage "zwischen den Instanzen"?

a) Verfahren mit sofortiger Beschwerde

Sobald die gerichtliche Entscheidung bekannt gemacht worden ist (§ 16 FGG), ist die Entscheidung gegenüber dem Empfänger

---

98) BGH, NJW 1967, 564 (565); OLG Düsseldorf, BB 1974, 64; Rosenberg-Schwab, § 137 II 4 c; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6 b aa; Gottwald, NJW 1976, 2250 (2251).
99) BGHZ 1, 29.
100) BGH, LM § 511 ZPO Nr. 11.
101) Göppinger, S. 293.
102) BGH, LM § 511 ZPO Nr. 11.

wirksam geworden. Das Gericht ist nicht mehr befugt, die Entscheidung abzuändern (§ 18 II FGG) oder aufzuheben (entsprechend § 318 ZPO). Erledigt sich die Hauptsache in der Zeit bis zur formellen Rechtskraft, d.h. bis zum Fristablauf für die Einlegung des Rechtsmittels, so tritt eine Erledigung zwischen den Instanzen ein.

b) Verfahren mit einfacher Beschwerde

Verfügungen, die der einfachen Beschwerde unterliegen, werden nicht rechtskräftig. Man könnte bei diesen Verfahren daher auch von unbefristeter Rechtshängigkeit ausgehen, so daß nach Erlaß der Gerichtsentscheidung das Stadium "zwischen den Instanzen" beginnt, bis irgendwann oder überhaupt nicht Beschwerde eingelegt wird.

Da es keine formelle Rechtskraft gibt, kann es nach Bassenge[103] keine "immerwährende Rechtshängigkeit" geben. Die Rechtshängigkeit werde daher in solchen Verfahren durch den Erlaß der Entscheidung begrenzt. Daraus folgert Bassenge, daß es einer besonderen Parteihandlung bedürfe, um die Rechtshängigkeit wieder zu begründen. Er nimmt dabei nur die Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung an[104].
Nach Jansen[105] besteht dagegen die Rechtshängigkeit, solange ein Änderungsverfahren gem. § 18 FGG statthaft ist. Als Fortsetzung bilde es mit dem ursprünglichen Verfahren eine Einheit und sei nur ein besonderer Verfahrensabschnitt, der nach denselben Grundsätzen verlaufe[106]. Dazu ist zu bemerken, daß es im Zivilprozeß anerkannt ist, daß die Rechtshängigkeit auch nicht bei jahrelangem Stillstand des Rechtsstreits endet[107]. In Verfahren mit formeller Rechts-

---

103) Bassenge, JR 1974, 142 (143).
104) Bassenge, a.a.O., S. 143.
105) Jansen, § 18 Rdnr. 13.
106) Jansen, § 18 Rdnr. 11.
107) Thomas-Putzo, § 261 Anm. 3; BGH, JuS 1967, 525.

kraft kann also langfristige Rechtshängigkeit eintreten. Im übrigen ist zu bedenken, daß beide Meinungen davon ausgehen, daß das Verfahren durch eine Beteiligtenhandlung "aktualisiert" wird. Nach Bassenge begründet die Rechtsmitteleinlegung die Rechtshängigkeit wieder, nach Jansen auch der Abänderungsantrag. Daraus wird jedenfalls deutlich, daß die Beteiligten die Befugnis haben, das Verfahren jederzeit fortzusetzen und in die verfahrensrechtliche Lage unmittelbar nach Erlaß der Entscheidung zurückzuversetzen. Die Situation zwischen den Instanzen stellt sich somit durch eine Beteiligtenhandlung wieder ein. Ob dies durch Einlegung eines Rechtsmittels geschehen muß, wird zu prüfen sein.

2. Übertragung der Entwicklung im Zivilprozeß auf die Freiwillige Gerichtsbarkeit

a) Rechtsmitteleinlegung

aa) Verfahren mit sofortiger Beschwerde

α) Beschwer

Die Ausgangslage ist in beiden Verfahrensordnungen gleich: Auch im Zivilprozeß hat man zunächst die Einlegung eines Rechtsmittels für unzulässig gehalten, da keine Beschwer vorhanden sei[108]. Wegen der Kosten allein könne wegen § 99 ZPO (§ 20 a FGG) kein Rechtsmittel eingelegt werden.

Die Entwicklung im Zivilprozeß, die dann darauf abgestellt hat[109], daß es eine formelle Beschwer wegen der Abweisung des Klageantrages und eine materielle Beschwer wegen der Rechtskraftwirkung gebe, hat Habscheid[110] auf die Freiwillige Gerichtsbarkeit übertragen. Zumindest für die Streitverfahren der FG könne festgestellt werden, daß formelle und materielle Beschwer wie im Zivilprozeß vorhanden seien.

---

108) Vgl. S. 208 für den Zivilprozeß; S. 196 für die FG.
109) Vgl. S. 209.
110) Habscheid, ZfgG 1980, 342; vgl. 196.

Man wird dies jedoch nicht nur auf die Streitverfahren begrenzen dürfen. Eine Beschwer liegt immer dann vor, wenn eine Entscheidung in materielle Rechtskraft erwächst, also in den besonders wichtigen, mit sofortiger Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen. Hier liegt formelle und materielle Rechtskraft vor.

β) Rechtsschutzbedürfnis

Nach Gottwald[111] ist die Beschwer allein noch nicht ausreichend, wenn sie auch regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis begründe. Wenn ein Streitverfahren in Beschlußform entschieden worden sei oder wenn ein Beschluß sonst ausnahmsweise einen Inhalt habe, der in materielle Rechtskraft erwachse, sei das Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Wegen der Bindung des Ausgangsgerichts nach § 318 ZPO bzw. § 18 II FGG sei eine einseitige Erledigungserklärung zwischen den Instanzen nicht möglich. Stimme der Gegner der Erledigungserklärung nicht rechtzeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu, bestehe ein berechtigtes Interesse des Beklagten, die Rechtskraftwirkung der Entscheidung zu beseitigen[112].

δ) Abänderungsverbot gem. § 18 II FGG

Das Gericht hat den Sachverhalt unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, es ist nicht auf die von den Beteiligten vorgebrachten Rechtsgründe beschränkt[113]. Eine Verfügung muß demnach aufgehoben werden, wenn sie zur Zeit ihres Erlasses richtig war, durch eine Veränderung in den Verhältnissen aber unzutreffend geworden ist. Wenn also eine (von Amts wegen zu berücksichtigende) Erledigung eingetreten ist, muß die Verfügung aufgehoben werden.

Für Verfahren mit sofortiger Beschwerde ist die Rechtsmitteleinlegung der einzige Weg, die Verfügung zu ändern oder aufzuheben, da gem. § 18 II FGG das Untergericht Entscheidun-

---

111) Gottwald, NJW 1976, 2250 (2251).
112) Gottwald, a.a.O., S. 2252.
113) Habscheid, § 34 II 2.

gen in solchen Verfahren nicht abändern kann. Es kann jedoch keine Rolle spielen, ob die Erledigung vor oder nach Einlegung des Rechtsmittels eingetreten ist. Es muß den Beteiligten das Recht gegeben werden, die inzwischen unzutreffende Entscheidung des Untergerichts zu beseitigen. Sonst hinge es nur vom Zufall ab, ob eine abändernde bzw. aufhebende Entscheidung ergehen kann.

Somit ist die Beschwerde in Verfahren mit sofortiger Beschwerde als zulässig anzusehen.

bb) Verfahren mit einfacher Beschwerde

Bei Verfahren mit einfacher Beschwerde, die nicht in Rechtskraft erwachsen, entfällt der Gesichtspunkt der formellen und materiellen Beschwer.

α) Prozessuale Überholung

Hier sei die Anfechtung unnötig, da der Beschluß irreversibel vollzogen sei oder durch das Erledigungsereignis auch prozessual "gegenstandslos", d.h. unwirksam geworden sei. In diesen Fällen der prozessualen Überholung gehe der Beschluß ins Leere[114]. Es fehle jedes Interesse, die Rechtswidrigkeit der Entscheidung nach Eintritt eines erledigenden Ereignisses im gleichen Verfahren feststellen zu lassen. Denn die Rechtswidrigkeit könne jederzeit unabhängig von einer förmlichen Aufhebung der Entscheidung nachgewiesen werden[115].

β) Feststellungsinteresse

Es ist aber schon geklärt worden, daß das Interesse der Beteiligten in der FG nicht nur darauf gerichtet sein kann, die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen prüfen zu lassen, sondern auch darauf, die Erledigung selbst bindend festzulegen[116].

---

114) Gottwald, a.a.O., S. 2252.
115) Gottwald, a.a.O., S. 2252 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die FG (FN 43).
116) Vgl. S. 116.

Es können sich zwischen den Beteiligten erhebliche Unsicherheiten über Zeitpunkt und Tatsache der Erledigung ergeben. Davon abhängig ist die Frage, ob z.B. ein Beschluß mit Dauerwirkung noch weitergilt oder zwangsläufig wirkungslos ist.
So wirkt sich ein erledigendes Ereignis für die einzelnen Verfahren unterschiedlich aus: Z.T. wird das Verfahren fortgesetzt, weil der Verfahrensgegenstand vererblich ist, z.T. wird das Verfahren beendet oder die Entscheidung fällt fort. Z.B. kann der Tod des Kindes in den Verfahren nach §§ 1666, 1671, 1672, 1696 BGB die Beendigung bedeuten, ebenso bei § 1825 BGB der Tod des Pfleglings.
Verfahren nach § 1365 BGB dagegen werden durch den Tod eines Beteiligten nicht unterbrochen, Verfahren nach der HausratsVO werden nicht gegen den Erben fortgesetzt, wiederum anders Verfahren nach § 43 WEG [117]. Daraus folgt, daß in den Verfahren mit Dauerwirkung die gerichtliche Entscheidung überpüft werden muß, ob der Beschluß automatisch wirkungslos ist, er eines besonderen Aufhebungsbeschlusses bedarf, ob dieser Rückwirkung äußert und ggf. ab wann der Beschluß unwirksam geworden ist.

γ) Einseitiger Erledigungsantrag als Feststellungsantrag[118] Parallele zum Abänderungsantrag

Wenn die Beteiligten das Recht haben, bei den Verfügungen mit Dauerwirkung jederzeit ein Änderungsverfahren gem. § 18 FGG zu beantragen, wobei das alte Verfahren fortgesetzt wird[119], so sollten sie ebenso das Recht haben, wegen gleichfalls geänderter Umstände die Erledigung feststellen zu lassen. Beide Situationen gleichen sich darin, daß neue Tatsachen aufgetaucht sind, die die bisherige Regelung in

---

117) Beispiele nach Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 37.
118) Im Zivilprozeß kann es wegen § 318 ZPO keine einseitige Erledigungserklärung zwischen den Instanzen geben; vgl. Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 38 m.w.N.
119) H.M.; vgl. S. 102 f.

ihrem Kern berühren. Einmal graduell insoweit, als sie geändert werden müßte, zum anderen insoweit, als ihr Inhalt nunmehr unrichtig oder unnötig geworden ist und daher aufgehoben werden soll. Man kann daher den Aufhebungsantrag als Unterfall des Abänderungsantrages ansehen[120]. Soweit man mit der h.M.[121] das Abänderungsverfahren auch für neue, nachträglich eingetretene Tatsachen anwenden will und der Antrag einseitig bleibt, ließe sich von einer einseitigen Erledigungserklärung sprechen, die als Antrag auf Feststellung der Erledigung zu deuten wäre. Soweit man mit der Gegenmeinung[122] das Abänderungsverfahren nur auf von Anfang an unrichtige Beschlüsse begrenzen will, ergibt sich nichts anderes, da man über die "Abänderung wegen veränderter Verhältnisse bei Verfügungen mit Dauerwirkung" zum gleichen Ergebnis kommt[123]. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn die Wirkung einer Verfügung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und im Laufe der Zeit die grundlegenden Verhältnisse sich so verändern, daß die Verfügung nicht mehr gerechtfertigt ist[124]. In Antragsverfahren wird man dabei entsprechend § 18 I 2. HS. FGG eine Abänderung wegen veränderter Verhältnisse nur auf Antrag zulassen können[125].

δ) Übereinstimmender Erledigungsantrag

Fraglich ist, ob allein durch übereinstimmende Beteiligtenhandlung der Gerichtsbeschluß unwirksam gemacht werden kann, ohne daß es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.
Dabei ist zu beachten, daß die Beteiligten in den Antragsverfahren nach wie vor die Dispositionsbefugnis haben zu entscheiden, ob das Verfahren fortgesetzt werden soll. Die Antragsverfahren sind als solche ausgestaltet, weil den Beteiligten die staatliche Fürsorge nicht aufgedrängt werden

120) So auch Habscheid, § 27 II 1: Unter die Änderung fällt auch die Aufhebung.
121) S.o., S. 102 f.
122) Habscheid, § 27 III.
123) Habscheid, § 27 III 5 a.
124) Habscheid, a.a.O.
125) Habscheid, § 27 III 5 c.

soll und der Staat nur regelnd eingreift, wenn es von den Beteiligten verlangt wird. Darüber hinaus läßt sich sagen, daß die gerichtliche Verfügung wirkungslos werden muß, wenn die Beteiligten keine staatliche Entscheidung mehr wünschen. Das folgt schon daraus, daß es dem Antragsteller unbenommen bleibt, jederzeit den Antrag zurückzunehmen, selbst in der Rechtsmittelinstanz und zwischen den Instanzen, wenn auch ggf. dafür die Einlegung eines Rechtsmittels Voraussetzung sein sollte[126]. Soweit dazu bemerkt wird[127], das Gericht müsse zur Aufhebung eine nicht nur deklaratorische Entscheidung treffen, ist darauf hinzuweisen, daß keine Bedenken bestehen, durch übereinstimmende Erklärung aller Beteiligten die Unwirksamkeit der Gerichtsentscheidung herbeizuführen[128]. Durch das Zustimmungserfordernis wird kein Beteiligter ausgeschlossen, dessen Interessen gewahrt werden müssen. Eine konstitutive gerichtliche Entscheidung über die Aufhebung würde der Dispositionsbefugnis der Beteiligten widersprechen, wenn diese sie gemeinsam durch übereinstimmende Erledigungserklärungen ausüben.

Man wird daher sagen können, daß auch in Verfahren mit einfacher Beschwerde die Beteiligten, wenn sie schon die Abänderung beantragen können, erst recht eine Aufhebung erreichen können, und zwar wegen ihrer gemeinsamen Dispositionsbefugnis ohne konstitutive Entscheidung des Gerichts.

b) Erledigungserklärung vor dem erstinstanzlichen Gericht

Nachdem geklärt ist, daß bei Entscheidungen mit sofortiger Beschwerde eine materielle Beschwer vorliegt und bei Entscheidungen mit einfacher Beschwerde ein Feststellungsinteresse wegen der Dauerwirkung gegeben ist, wäre die Einlegung eines Rechtsmittels bei Erledigung zwischen den Instanzen möglich. Es fragt sich, ob zur Wiederherstellung der auflösend

---

126) Bassenge, JR 1974, 142 (143).
127) Bassenge, a.a.O.
128) Vgl. S. 104 ff.

bedingt beendeten Rechtshängigkeit ein Rechtsmittel eingelegt werden muß.

aa) Parallele zum Abänderungsverfahren

Nach h.M.[129] ist das Abänderungsverfahren die Fortsetzung des ursprünglichen Verfahrens. Durch einseitigen Antrag auf Abänderung wird das alte Verfahren dem Gericht wieder zur Entscheidung gebracht. Dies muß nicht im Rechtsmittelzug erfolgen, sondern kann vor dem erstinstanzlichen Gericht geschehen. Wenn jedoch eine Abänderung verlangt werden kann, so kann auch die Aufhebung,die totale Abänderung, beantragt werden. Sind sich aber alle maßgeblichen Beteiligten einig und wollen gemeinsam die Aufhebung, so steht wegen der Dispositionsmaxime der Wirksamkeit als Bewirkungshandlung nichts im Wege.

bb) Übertragung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens (LAG Hamm)

Weiterhin lassen sich die Argumente des LAG Hamm[130], das im Arbeitsgerichtsprozeß die Erledigungserklärung vor dem erstinstanzlichen Gericht für zulässig erachtet hat, speziell auf das FG-Verfahren übertragen: Auch in der FG ist die mündliche Verhandlung nicht zwingend vorgeschrieben, so daß nach Schluß der mündlichen Verhandlung nicht noch einmal eine solche vor dem Rechtsmittelgericht stattfinden muß. Ebenso wie im Arbeitsgerichtsverfahren wird oftmals nach Aktenlage entschieden bei Entscheidungen, die gem. § 91 a ZPO bzw. § 13 a FGG zu treffen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Arbeitsgerichtsverfahren wie das FG-Verfahren gegenüber dem Zivilprozeß eine flexiblere Handhabung ermöglichen soll. Wie das LAG feststellt, wäre es mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden, wenn man die Parteien nötigen wollte, eigens für die Verfolgung eines relativ untergeordneten Verfahrensziels ein Rechtsmittel einzulegen. Dies gelte um so mehr, als damit gegen die für das Arbeitsgerichtsverfahren grundlegende

---

129) Vgl. S. 102.

130) LAG Hamm, NJW 1972, 2063 f.

Maxime der Prozeßverbilligung verstoßen werde. Im Rechtsmittelverfahren besteht Vertretungszwang (§ 11 ArbGG), ohne daß die notwendigen Vertretungskosten erstattungsfähig sind (§ 61 I 2 ArbGG). Gleiches gilt auch für die FG: Für die weitere Beschwerde gilt der Anwaltszwang (§ 29 FGG). Auch in Familiensachen (Folgesachen gem. §§ 621 e IV ZPO, 78 ZPO) ist die Vertretung durch Anwälte vorgeschrieben, deren Kosten sich durch die Einlegung eines Rechtsmittels vergrößern würden, ohne daß gem. § 13 a FGG notwendigerweise diese Kosten erstattet werden (wobei in Familiensachen nach h.M.[131]) besondere Zurückhaltung in der Auferlegung der gegnerischen Kosten geübt werden soll).

cc) Verfahren mit einfacher Beschwerde

In Verfahren mit einfacher Beschwerde ist für das erstinstanzliche Gericht keine Bindung entsprechend § 318 ZPO eingetreten, da es zur Abänderung befugt ist (§ 18 I FGG). Eine einseitige Erledigungserklärung kann der Antragsteller daher abgeben, da er ebenso einen Abänderungsantrag stellen könnte, mit dem die Verfügung gleichfalls geändert würde. Auch mit dem Abänderungsantrag würde in Fortsetzung des alten Verfahrens vor dem erstinstanzlichen Gericht neu entschieden werden. Stimmen die anderen Hauptbeteiligten zu, kommt es mithin zu einer übereinstimmenden Erledigungserklärung, wird die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts wirkungslos.

dd) Verfahren mit sofortiger Beschwerde

Entscheidungen, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind, können vom erstinstanzlichen Gericht nicht mehr geändert werden (§ 18 II FGG). Dennoch ist das LAG Hamm[132]) unter Hinweis auf die Klagerücknahme zu dem Ergebnis gekommen, daß die Erledigungserklärung ebenso vor Eintritt der Rechtskraft dem unteren Gericht gegenüber abgegeben werden könne.

---

131) Vgl. BayObLG, Rpfleger 1978, 315 m.w.N.
132) LAG Hamm, a.a.O., S. 2063.

Bei der Klagerücknahme im Zivilprozeß kann nach allgemeiner Ansicht[133] der Kläger mit Zustimmung des Beklagten (§ 269 I ZPO) noch nach Erlaß, aber vor Rechtskraft die Wirkungslosigkeit des Urteils herbeiführen. Mit der gemeinsamen Klagerücknahme wie mit der übereinstimmenden Erledigungserklärung machen die Beteiligten jedoch nur von der ihnen gemeinsam zustehenden Dispositionsbefugnis Gebrauch, so daß die entsprechende Anwendung der Grundsätze der Klagerücknahme gerechtfertigt ist.

Nichts anderes kann für die FG gelten:

So hat auch Jansen[134] in Analogie zu § 269 ZPO anerkannt, daß der Antragsteller auch nach Erlaß der Entscheidung bis zur Rechtskraft im Verfahren mit sofortiger Beschwerde seinen Antrag mit der Wirkung zurücknehmen könne, daß die Entscheidung zwangsläufig wirkungslos werde. Die Gegenmeinung[135], die § 269 ZPO analog nur in echten Streitverfahren anwenden will, überzeugt nicht. Soweit man sich darauf beruft, daß eine dem § 269 ZPO entsprechende Bestimmung im FGG fehle[136], ist darauf hinzuweisen, daß § 269 ZPO lediglich ein Ausfluß der Dispositionsmaxime ist, der besonders kodifiziert wurde. Der Kläger behält die Befugnis, das Verfahren zu beenden, bis die Entscheidung formell rechtskräftig ist. Dieser allgemeine Gedanke der Dispositionsmaxime muß dann auch in der FG gelten. Soweit man in der Antragsrücknahme zwischen den Instanzen einen Abänderungsantrag sehen will und den Abänderungsantrag wegen der Inquisitionsmaxime auch in Antragsverfahren von Amts wegen prüft[137], werden hier Dispositions- und Inquisitionsmaxime erneut durcheinander gebracht.

---

133) Thomas-Putzo, § 269 Anm. 2 b; Blomeyer, § 63 II a.E.
134) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 18; vgl. S. 199.
135) Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 6; Baur, § 21 II 2 c; Schlegelberger, § 18 Anm. 22.
136) Baur, a.a.O.
137) Schlegelberger, § 18 Anm. 22 i.V.m. 23.

ee) Einseitige Erledigungserklärung bei Verfahren mit sofortiger Beschwerde

Die Beteiligten können die erstinstanzliche Entscheidung nur gemeinsam wirkungslos machen, sei es durch Antragsrücknahme mit Zustimmung der anderen Beteiligten, sei es durch gemeinsame Erledigungserkärung. Eine einseitige Erledigungserklärung ist wegen der Bindungswirkung (§ 18 II FGG entsprechend § 318 ZPO) ausgeschlossen. Das Gericht müßte seinen Beschluß aufheben und durch einen Feststellungsanspruch ersetzen.

Insofern könnten Bedenken auch gegen die Annahme einer übereinstimmenden Erledigungserklärung bestehen, da als Vorstufe zunächst nur die einseitige Erledigungserklärung bestehen wird. Der Antragsteller weiß nicht, ob die anderen Beteiligten ebenfalls Erledigungserklärugen abgeben werden, so daß er u.U. die Rechtsmittelfrist versäumt, wenn nicht alle Erledigungserklärungen rechtzeitig vorliegen. Dem wird der Antragsteller jedoch begegnen können, indem er fristgerecht Rechtsmittel einlegt und hilfsweise die Erledigungserklärung abgibt. Da das Rechtsmittel bei dem Ausgangsgericht eingelegt werden kann (§§ 20/21 FGG) und Erledigungserklärungen hilfsweise abgegeben werden können[138], kann sich der Antragsteller den einfacheren und billigeren Weg der Erledigungserklärung vor dem Ausgangsgericht offen halten. Falls nicht alle Beteiligten für erledigt erklärt haben, wird das Ausgangsgericht die zulässige Beschwerde an das höhere Gericht weiterreichen, bei dem dann auch einseitig für erledigt erklärt werden kann[139].

VI. Erledigung im Rechtsmittelverfahren

1. Keine Beschwer nach Erledigung?

a) Beschwer zur Zeit der Rechtsmitteleinlegung

Tritt das erledigende Ereignis im Rechtsmittelverfahren ein,

---

138) Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 4 b bb; BGH, NJW 1975, 539 (540); Bergerfurth, NJW 1968, 530 (531).
139) S. VI.

so wird nach h.M. die Beschwerde unzulässig, da kein Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehe, die Beschwer sei entfallen[140].

Grundsätzlich setzt die Erledigungserklärung im höheren Rechtszug wie im Zivilprozeß voraus, daß das Rechtsmittel zulässig ist[141/142]. Unabhängig von formeller oder materieller Beschwer ist die Zulässigkeit gegeben, wenn gem. § 20 FGG oder Sondervorschriften wie § 57 FGG der Beschwerdeführer geltend machen kann, er sei durch die angefochtene Entscheidung in seinem Recht (§ 20 FGG) oder rechtlich geschütztem Interesse (§ 57 FGG) beeinträchtigt[143]. Diese Beeinträchtigung muß im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung, zur Zeit der Beschwerdeeinlegung und noch zur Zeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts bestehen[144].

Demgegenüber wird allgemein für den Zivilprozeß vertreten[145], daß es lediglich auf den Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung ankomme; Veränderungen der Sachlage im Rechtsmittelverfahren könnten die Beschwer durch die einmal ergangene Entscheidung nicht entfallen lassen. Denn auch die materielle Beschwer ist "formal" definiert durch einen nachteiligen, rechtskräftigen Inhalt der ergangenen Entscheidung, ohne Rücksicht auf die wahre Rechtslage[146]. Anderenfalls würde die Zulässigkeit des Rechtsmittels des Beklagten von der Begründetheit seines Angriffs abhängen. Solange die Entscheidung nicht formell aufgehoben ist, ist der Rechtsmittelführer durch den angefochtenen Teil nachteilig betroffen.

---

140) S.o., S. 197.
141) Vgl. BGHZ 50, 197 (198); Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 6 b aa; Göppinger, S. 287.
142) Die Statthaftigkeit bereitet in der FG keine Probleme, vgl. Habscheid, § 32 I 1.
143) S.o., S. 176 ff.
144) Jansen, § 20 Rdnr. 11; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 94 m.w.N.; Bumiller-Winkler, § 20 Anm. 2.
145) S.o., S. 209.
146) Rosenberg-Schwab, § 137 II 3 a; BGH, NJW 1975, 539.

b) Beschwer in der FG: Möglichkeitstheorie

aa) Rechtsbeeinträchtigung
In der FG kann dies so nur gelten, wenn ein Sachantrag abgelehnt wurde (formelle Beschwer) oder die Entscheidung in materielle Rechtskraft erwächst (materielle Beschwer). Jedenfalls wird man auch in diesen Fällen wegen des nachteiligen, rechtskräftigen Inhalts der angefochtenen Entscheidung von einer Beschwerdeberechtigung ausgehen müssen.

Fraglich ist, ob man auch für andere Verfahren auf den Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung abstellen kann.

Im Zivilprozeß ist die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels relativ einfach zu beantworten, weil es nur zwei Parteien gibt und neben der Statthaftigkeit nur noch die Beschwerdesumme geprüft werden muß. Dagegen wird in der FG mit seinem unbestimmten Beteiligtenkreis zur Beschwerdezulässigkeit auf ein materielles Kriterium zurückgegriffen, nämlich die Beschwer, d.h. das Betroffensein in eigenen Rechten (§ 20 I FGG).

Zur Frage der Rechtsbeeinträchtigung ist jedoch die Zulässigkeit von der Begründetheit des Rechtsmittels zu trennen. Die "wahre Rechts- und Sachlage", die wirkliche Beschwer, entscheidet über die Begründetheit der Beschwerde. Für die Zulässigkeit dagegen muß es ausreichen, daß, die Richtigkeit des Vorbringens des Beschwerdeführers unterstellt, eine Rechtsbeeinträchtigung möglich ist[147].

Der BGH[148] hat sich dieser Möglichkeitstheorie angenähert, indem er verlangt, daß der Beschwerdeführer soviel vortragen soll, daß sich "daraus die mögliche und schlüssige Beurtei-

---

147) H.M., vgl. Habscheid, § 32 II 1 (wie im Verwaltungsrecht gem. § 42 II VwGO, s. dazu: BVerwG, DVBl 1960, 601; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 85; Ule, § 42 III 1). A.A.: Lüke, AöR 84, 185 (190): Schlüssiges Darlegen der Rechtsverletzung genügt in der FG.
148) BGH, MDR 1963, 39.

lung der Sach- und Rechtslage ergebe, die, als richtig unterstellt, ein Recht des Beschwerdeführers beeinträchtigen würde". Zwar entspricht dies nicht ganz der Untersuchungsmaxime[149]. Man wird daher insoweit einschränken müssen, daß es keine Darlegungslast des Beschwerdeführers geben kann[150]. Es muß ausreichen, daß der Beschwerdeführer zu erkennen gibt, daß er sich in seinen Rechten verletzt fühlt und die Möglichkeit einer solchen Verletzung nicht ausgeschlossen erscheint[151]. Daß der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt, wird man schon aus der Tatsache schließen können, daß er Rechtsmittel eingelegt hat. Ob die Möglichkeit der Rechtsverletzung gegeben ist, hat das Gericht im Wege der Amtsermittlung zu untersuchen, jedoch nur soweit, als hier mögliche Rechtspositionen des Beschwerdeführers in Frage stehen, nicht jedoch, ob diese durch eine rechtswidrige Entscheidung verletzt sind[152].

---

149) A.A.: Lüke, JuS 1961, 41 (44): Aus dem Dispositionsakt der Rechtsmitteleinlegung folge eine Beteiligung an der Verantwortung für die Feststellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen. Eine begrenzte Schlüssigkeitsprüfung sei daher mit der Untersuchungsmaxime vereinbar.

150) Habscheid, § 32 II 1; a.A.: Lüke, JuS 1961, 41 (44): keine objektive Beweislast im Sinne einer Feststellungslast.

151) Habscheid, a.a.O.

152) Nicht richtig erscheint die Gegenmeinung von Bärmann (§ 29 II 2; ähnlich Furtner, JZ 1961, 526 (527); Jansen, § 20 Rdnr. 7; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 2), der als beschwerdebefugt nur den ansieht, der tatsächlich betroffen ist, also sein Betroffensein tatsächlich feststehen muß. Diese Ansicht bringt die Rechtsbeeinträchtigung in die Zulässigkeitsprüfung ein, so daß für die Begründetheitsprüfung lediglich die Rechtswidrigkeit der gerichtlichen Entscheidung übrig bleibt. Nur wenn die Zulässigkeitsprüfung sich mit der Sachprüfung decken würde, sei es für die Zulässigkeit der Beschwerde ausreichend, wenn der Beschwerdeführer die ernsthafte Möglichkeit dartue, daß er in seinen Rechten verletzt sei (Bärmann, a.a.O.). Bärmann gibt selbst zu, daß eine derartige Vorwegnahme der Sachentscheidung in der Zulässigkeitsprüfung der Struktur des Verfahrensrechts widerspricht. Zudem ist auch ohne sachlichen Grund nicht einzusehen, daß es für die einzelnen Verfahren unterschiedliche Anforderungen zur Zulässigkeit geben soll.

bb) Veränderung der Sachlage

Diese "Möglichkeit der Rechtsbeeinträchtigung", die allein Zulässigkeitskriterium ist, kann jedoch nur am Anfang des Verfahrens geprüft werden. Spätere Veränderungen der Sachlage können allenfalls zu dem Ergebnis führen, der Beschwerdeführer habe kein Bedürfnis mehr, das Rechtsmittel durchzuführen[153].

cc) Formelle Beschwer

Dies ergibt sich auch aus der Regelung des § 20 II FGG. Wenn ein Antrag abgewiesen oder eine Beschwerde zurückgewiesen bzw. verworfen wurde, ist ein Eingriff in das materielle Recht nicht erforderlich, es kommt allein auf die formelle Beschwer an[154]. Die formelle Beschwer bleibt aber durch ein tatsächliches Erledigungsereignis unberührt. Wenn aber schon bei der Alternative, daß der Antragsteller abgewiesen worden ist, die Beschwer erhalten bleibt, sollte auch für den umgekehrten Fall, der Stattgabe des Antrages, nichts anderes gelten. Dies ist zwar nicht h.M.[155]. Sie behauptet, § 20 II FGG stelle neben der gem. Abs. 1 zu fordernden materiellen Beschwer noch das Erfordernis der formellen Beschwer auf. Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend[156]. Zu Recht hat Habscheid[157] darauf hingewiesen, daß der Antragsteller bzw. Beschwerdeführer eine feste Rechtsstellung im Verfahren

---

153) Zum Rechtsschutzbedürfnis s.S. 231.

154) Habscheid, § 32 III 3; Kamm, JuS 1961, 146 (151); Lüke, AöR 84, 184 (188); Unger, ZZP 37, 401 (405/406): Die Beschränkung auf formell Beteiligte, z.B. eine Behörde, die durch Antrag ein besonderes Verfahren veranlaßt hat, schließt selbst den materiell Beteiligten, in dessen Interesse der formell Beteiligte gehandelt hat, von der Beschwerdebefugnis aus. Ausnahmen, die eine besondere Beschwerdebefugnis ohne Antragsbefugnis darstellen, sind im Gesetz besonders aufgeführt, z.B. § 57 Nr. 9 FGG (S. 406 u. 424).

155) H.M.: Bärmann, § 29 III 3; Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 99; Jansen, § 20 Rdnr. 24; Schlegelberger, § 20 Anm. 7; KG, WPM 1960, 1422 (1423); BayObLG, Rpfleger 1979, 212 (214); jeweils ohne nähere Begründung.

156) Aus den Materialien ergibt sich insoweit nichts (vgl. Hahn-Mugdan, S. 40 und 122 ff.)

157) Habscheid, § 32 III 3.

hat und deshalb kann es beim Eingriff in diese Rechtsstellung sein Bewenden haben. Dies folgt auch daraus, daß die FG auf die Beschwer als materielles Zulässigkeitserfordernis zurückgreifen muß, weil im Gegensatz zum Zivilprozeß keine feste Parteieigenschaft besteht, die die Rechtsmittelberechtigung einschließen würde. Dadurch wird aber an der Natur der Beschwerdeberechtigung als formeller Rechtsmittelvoraussetzung nichts geändert[158]. Wenn nämlich - ausnahmsweise - ein bestimmter Beteiligter zwingend notwendig ist, wie in den Antragsverfahren der Antragsteller, kann wieder auf die formelle Voraussetzung zurückgegriffen werden, die im übrigen auch unkomplizierter ist. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, daß auch die h.M. bei Abweisung eines Antrages als unzulässig die Beschwerde als gegeben ansieht, obwohl es in diesen Fällen nicht auf die materielle Beschwer ankommen kann[159].

Somit bleibt die Beschwerde auch in den Verfahren ohne rechtskräftige Entscheidung zulässig, wenn eine Rechtsbeeinträchtigung zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels möglich war.

2. Kein Rechtsschutzbedürfnis?

a) Prozessuale Überholung

Die neuere Rechtsprechung[160] stellt nicht mehr darauf ab, daß die Beschwer entfallen sei, wohl in Kenntnis der Entwicklung im Zivilprozeß. Sie weist darauf hin, daß kein Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehe, das Verfahren fortzusetzen, wenn die Erledigung eingetreten sei. Wenn der Beschluß vollzogen sei oder auch durch das Erledigungsereignis prozessual überholt sei, werde der Beschluß nicht aufgehoben und entfalle deshalb nicht die Beschwer[161], aber jedes Rechts-

158) Lüke, AöR 84, 184 (188).
159) Jansen, § 20 Rdnr. 24; Keidel-Kuntze-Winkler, § 19 Rdnr. 38; BGH, RdL 1963, 103.
160) OLG Frankfurt, NJW 1969, 561; KG, FamRZ 1977, 561 (562); LG München, Rpfleger 1973, 432 (432); OLG Köln, FamRZ 1971, 190 (191).
161) Gottwald, NJW 1976, 2250 (2252).

schutzbedürfnis an einer Fortsetzung des Verfahrens, weil der Beschluß keine materielle Rechtskraft entfalte. Es bestehe kein schützenswertes Interesse, die Rechtswidrigkeit der Entscheidung nach Eintritt des erledigenden Ereignisses im gleichen Verfahren feststellen zu lassen. Denn die Rechtswidrigkeit könne jederzeit unabhängig von einer förmlichen Aufhebung der Entscheidung nachgewiesen werden[162].

b) Rechtsschutzbedürfnis kein Zulässigkeitskriterium

Das Rechtsschutzbedürfnis ist für die Beschwerde in der FG nicht grundsätzlich erforderlich. Der Beschwerdeführer kann auch, wenn er nur nachteilig betroffen ist, er aber die Entscheidung für richtig hält, zur Klärung einer Grundsatzfrage das Rechtsmittelgericht anrufen[163]. Das Betroffensein ist ausreichend, mithin die tatsächliche Verkürzung des Rechts durch die Verfügung. Ob die tatsächliche Verschlechterung mit dem Gesetz im Widerspruch steht, ist eine Frage der Sachprüfung, also der Begründetheit[164]. Die Beschwer als solche bedingt schon das Rechtsschutzbedürfnis[165]. Es muß nämlich unterschieden werden, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Gestaltung weggefallen sind (das ist die Erledigung) oder ob die richterliche Gestaltung eines an sich nicht mehr bestehenden Rechtsverhältnisses nach materiellem Recht an sich noch möglich wäre, aber ins Leere geht. Ersteres wäre eine Frage der Begründetheit, letzteres eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses[166].

---

162) Gottwald, a.a.O.
163) Jansen, § 20 Rdnr. 8.
164) Bärmann, § 29 II 1 a; so auch Lüke, AöR 84, 181 (194); Kamm, JuS 1961, 146 (148); Baur, § 29 A III 1.
A.A.: Habscheid, § 32 I 2: Zum Rechtseingriff muß die Unrichtigkeitsbehauptung hinzukommen; so auch Kahl, S. 98 ff.
165) Vgl. für den Zivilprozeß Thomas-Putzo, Vorbem. § 511 Anm. IV 2 a: Die Beschwer ergibt regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis, nur bei besonderer Sachlage fehlt es ausnahmsweise.
166) Baumgärtel, SAE 1963, 31 (31).

c) Besonderes Feststellungsinteresse in der FG

Als Zweck der Fortsetzung des Verfahrens wird es angesehen, die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzustellen[167]. Zu Recht weist das OLG Köln[168] für diese Frage darauf hin, daß damit der Verfahrensgegenstand im Rechtsmittelzug durch einen anderen ersetzt würde. Vorher ging es um die Aufhebung einer Maßnahme, nunmehr um die Feststellung der Rechtswidrigkeit. Einen Fortsetzungsfeststellungsantrag, wie er im Verwaltungsprozeß vorgesehen ist (§ 113 I 4 VwGO) gibt es in der FG nicht. Diese Feststellung der Rechtswidrigkeit geht über die reine Feststellung der Erledigung hinaus. Das Rechtsschutzinteresse für die Feststellung der Erledigung selbst ist aber für jeden Antragsteller und Antragsberechtigten gegeben[169].

3. Die Kostenentscheidung

a) Keine Umgehung des § 20 a I FGG

Die Beschwerde ist zulässig, wenn eine Rechtsbeeinträchtigung zur Zeit der Rechtsmitteleinlegung möglich war. Das Rechtsmittel kann durch das erledigende Ereignis nur unbegründet werden. Den Beteiligten ist es daher möglich, im Rechtsmittelverfahren Erledigungserklärungen abzugeben. Damit entziehen sie bei übereinstimmenden Erledigungserklärungen dem Gericht den Verfahrensgegenstand, es ist nur noch über die Kosten zu entscheiden (§ 13 a FGG). Dies stellt keine Umgehung des § 20 a I FGG dar, der dem § 99 I ZPO entspricht. Beide Vorschriften sollen nur verhindern, daß eine widersprechende Kostenentscheidung in zweiter Instanz ergeht, ohne daß die Entscheidung zur Hauptsache entsprechend geändert wird. Hier wird jedoch die Hauptsacheentscheidung erster Instanz durch die übereinstimmende Erledigungserklärung wirkungslos,

---

167) S. o., S. 118.
168) OLG Köln, FamRZ 1971, 190 (191).
169) S.o., S. 146 ff.

so daß eine davon unabhängige Kostenentscheidung ergehen kann, die zu berücksichtigen hat, ob die Beschwerde begründet war, indem eine Beschwer vorlag (§ 13 a FGG).

b) Vergleich mit der h.M.

Im Ergebnis widerspricht dies auch nicht der h.M.[170], die bei Erledigung annimmt, das Rechtsmittel sei unzulässig geworden und der Beschwerdeführer müsse seine Beschwerde auf die Kosten beschränken. Dabei wird unabhängig von einer Beschwerdesumme über den Fortbestand der angefochtenen Kostenentscheidung und über die Kosten des Rechtsmittels befunden[171]. "Beschränkung auf die Kosten" kann aber nur so zu verstehen sein, daß damit eine Rücknahme der Beschwerde gemeint ist bezüglich der Hauptsache. Lediglich der Teil der Beschwerde, der sich gegen die Kosten richtet, bleibt aufrecht erhalten. Wenn jedoch die Beschwerde gegen die Hauptsacheentscheidung zurückgenommen ist, kann andererseits die zweite Instanz nur eine Kostenentscheidung für den zweiten Rechtszug treffen[172], da die gesamte Entscheidung erster Instanz erhalten bleibt. Dagegen ist bei der Erledigungserklärung eine Entscheidung über die Kosten beider Rechtszüge möglich. Eine Beschwerde nur gegen die Kosten ist wiederum wegen § 20 a FGG ausgeschlossen, da die Entscheidung zur Hauptsache nicht aufgehoben wird.

Somit hilft hier die Erledigungserklärung weiter: Erklären alle Beteiligten für erledigt, so wird die Entscheidung wirkungslos, über die Kosten beider Rechtszüge wird neu entschieden. Erklärt nur ein Beteiligter für erledigt, so wird durch das Gericht die Erledigung festgestellt und über die Kosten beider Instanzen neu entschieden.

---

170) BGH, NJW 1982, 2505 (2506); BayObLGZ 1971, 182 (184/185); BayObLG, Rpfleger 1978, 315; Bassenge-Herbst, FGG, Einl. VI 4 b bb.
171) Bassenge, a.a.O.; BayObLG, Rpfleger 1978, 315 (315).
172) BGH, NJW 1982, 2505 (2506).

VII. Erledigung und weitere Beschwerde

1. Zwischen den Instanzen

Für die Zeit vor Einlegung der weiteren Beschwerde ergeben sich keine Besonderheiten. Die Beteiligten können entsprechend den Grundsätzen zu V auch nach Erlaß eines Beschlusses gemeinsam vor dem Beschwerdegericht die Erledigung erklären. Eine einseitige Erledigungserklärung kann vom Beschwerdegericht wegen § 29 III FGG (keine Abhilfe) nicht entschieden werden. Hier wird ein Rechtsmittel einzulegen sein mit hilfsweiser Erledigungserklärung[173/174].

2. Im Verfahren vor dem Gericht der weiteren Beschwerde

Entsprechend dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht ist die h.M. der Ansicht, die weitere Beschwerde sei unzulässig geworden; der Beschwerdeführer könne aber das Rechtsmittel auf die Kostenentscheidung beschränken[175]. Die dagegen sprechenden Argumente entsprechen denen zur Beschwerdeinstanz. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß vor dem Gericht der weiteren Beschwerde kein neuer Beschwerdegrund gegeben sein muß[176].

Schwierigkeiten könnten bei der einseitigen Erledigungserklärung auftauchen. Das OLG ist keine Tatsacheninstanz, der Revision des Zivilprozesses entsprechend. Allgemein anerkannt ist dafür jedoch, daß das OLG ausnahmsweise nachträglich entstandene Tatsachen berücksichtigen könne, die das Verfahren gegenstandslos machen[177]. Ähnlich wird im Zivilprozeß

---

173) S.o., S. 226.

174) Für die weitere Beschwerde aber wie sonst die h.M. auch für die einfache Beschwerde: Keidel-Kuntze-Winkler, § 27 Rdnr. 54; Jansen, § 19 Rdnr. 36; KG, NJW 1971, 2270 (2271).

175) Keidel-Kuntze-Winkler, § 27 Rdnr. 53; Jansen, § 20 a Rdnr. 11; BGH, NJW 1982, 2505 (2506) m.w.N.; OLG Frankfurt, NJW 1962, 2113.

176) Entgegen § 568 II ZPO; vgl. Habscheid, § 35 I 1.

177) Keidel-Kuntze-Winkler, § 27 Rdnr. 52; Bärmann, § 33 IV 3 b; Bumiller-Winkler, § 27 Anm. 3 c aa; OLG Frankfurt, NJW 1962, 2113; BayObLGZ 1970, 63 (65).

die erledigende Tatsache berücksichtigt, wenn sie unstreitig oder bereits in der Vorinstanz festgestellt ist[178].

Zwar können in der Revisionsinstanz neue Ansprüche nicht erhoben werden (§ 561 ZPO), so daß eine einseitige Erledigungserklärung mit Feststellungsantrag scheitern könnte. Dennoch läßt die h.M. [179] die einseitige Erledigungserklärung zu. Die abweichende Meinung[180] weist wegen der Deutung der einseitigen Erledigungserklärung als Klageänderung darauf hin, daß diese nicht möglich sei, da der Ausspruch im Urteil, "die Hauptsache ist erledigt", in materielle Rechtskraft erwächst, und zwar in einem anderen Umfang als die Entscheidung über den ursprünglichen Klageantrag. Dem wird entgegengehalten, daß der Antrag auf Feststellung der Erledigung unter § 264 Nr. 2 ZPO einzuordnen sei, so daß die Klageänderung lediglich eine stets zulässige Antragsänderung sei[181]. Der BGH[182] äußert sich nur dahin, daß der Rechtsmittelgegner an seinem Klageabweisungsantrag festhalten könne, um eine Sachentscheidung herbeizuführen. Es sei kein Grund ersichtlich, warum eine Partei, nachdem sie Revision eingelegt habe, hinsichtlich ihres Rechts auf Sachentscheidung schlechter gestellt sein sollte als in den Vorinstanzen. Das Interesse an endgültiger Klärung sei ausreichend.

Diese Grundsätze lassen sich auch auf die weitere Beschwerde der FG übertragen, so daß kein Unterschied zum Beschwerdeverfahren besteht. Das Verbot der Klageänderung gilt nicht, das rechtliche Interesse des Antragstellers an der Feststellung besteht ebenso wie in jeder anderen Lage des Verfahrens.

---

178) BGHZ 26, 31 (37/38); Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 51.
179) BGH, ZZP 79, 294 und ZZP 90, 185; BGH, NJW 1965, 537; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 14 und 51; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 51; Walchshöfer, ZZP 90, 186.
180) Putzo, NJW 1965, 1018 (1019).
181) Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 51.
182) BGH, NJW 1965, 537.

VIII. Erledigung des Rechtsmittels

1. Allgemeiner Streitstand

In der FG wird eine Erledigung des Rechtsmittels abgelehnt[183], jedoch ohne nähere Begründung. Nur die Hauptsache könne sich auch in zweiter Instanz insoweit erledigen, als dort der Verfahrensgegenstand erledigt wird, also der Antrag unzulässig oder unbegründet wird[184].

Im Zivilprozeß ist die Frage steitig, wobei die h.M.[185] derzeit der Ansicht ist, nicht das Rechtsmittel selbst, sondern immer nur die Hauptsache könne für erledigt erklärt werden. Wenn der Kläger den Rechtsmittelantrag fallen lasse, so sei dies eine Erklärung, die die Erledigung der Hauptsache in der höheren Instanz herbeiführe und in § 91 a ZPO geregelt sei, nicht aber ein allein das Rechtsmittel berührender Vorgang[186]. Auch z.B. eine Änderung der Gesetzgebung, durch die das Urteil "richtig" werde, mache das Rechtsmittel nicht gegenstandslos, sondern unbegründet[187].
Im Vordringen befindlich ist die Gegenmeinung[188], wonach § 91 a ZPO auch sinngemäß anwendbar sei, wenn die Parteien ein Rechtsmittel für erledigt erklären. Dieser Fall könne z.B. eintreten, wenn das Urteil wegen des Eintritts einer Fälligkeit inzwischen richtig geworden sei: Der Kläger habe daher an der weiteren Durchführung der Klage kein Interesse mehr, das erstinstanzliche Urteil soll aber aufgrund des Klageab-

---

183) Habscheid, § 22 II 5 a; Jansen, § 19 Rdnr. 36; Bärmann, § 18 IV 1; KG, Rpfleger 1959, 385 (386); OLG Zweibrücken, OLGZ 1976, 399.
A.A.: OLG Stuttgart, OLGZ 1970, 293 (296); KG, FamRZ 1982, 950.
184) Habscheid, § 22 II 5 a.
185) Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 3 b; Zöller-Vollkommer, § 91 a Rdnr. 19; Stein-Jonas-Leipold, § 91 a Rdnr. 52; Habscheid, NJW 1960, 2132 (2134); Göppinger, S. 300.
186) Stein-Jonas-Leipold, a.a.O.
187) Zöller, a.a.O.
188) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91 a Anm. 4 B; Heintzmann, ZZP 87, 199 (212); OLG Hamburg, NJW 1960, 2151; KG, FamRZ 1982, 950. Für den Verwaltungsprozeß: OVG Münster, OVGE 9, 205 (206); Schulz, JZ 1983, 331 (335).

weisungsinteresses des Beklagten bestehen bleiben. Desgleichen, wenn den Parteien mit einer Erledigung des gesamten Rechtsstreits nicht gedient ist wie im Verbundverfahren[189].

Die Rechtsprechung hat ausnahmsweise in den Fällen der sog. prozessualen Überholung eine Erledigung des Rechtsmittels anerkannt[190], jedoch nur, wenn in Nebenverfahren sich der Streit erledigt hat. Die Verfügung braucht dann nicht aufgehoben zu werden; es entfällt die Beschwer[191].

2. Bedürfnis zur Rechtsmittelerledigung in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Im FG-Verfahren besteht im Gegensatz zum Zivilprozeß nicht die zwingende Kostenfolge gem. § 515 III ZPO, wenn der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel zurücknimmt, sondern es kann gem. § 13 a FGG nach Billigkeit unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Erfolges der Beschwerde eine Kostenentscheidung ergeben. Da hier nur das Rechtsmittel zurückgenommen, aber nicht der gesamte Verfahrensgegenstand entzogen wird, bleibt im Gegensatz zur Antragsrücknahme dem Gericht der Verfahrensgegenstand zur Prüfung erhalten. Über die Kosten ist von Amts wegen zu entscheiden, jedoch nur über die der zweiten Instanz. Wegen der Kosten würde also kein Argument für die Rechtsmittelerledigung sprechen[192], die ebenfalls keine Überprüfung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung ermöglichen würde.

---

189) KG, FamRZ 1982, 950.
190) OLG Saarbrücken, NJW 1971, 386: Erledigung des Rechtsmittels im Nebenverfahren durch Entscheidung im Hauptverfahren (einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Vollstreckungsgegenklage); OLG Bremen, ZZP 75, 370 f (Aussetzungsbeschluß).
191) Gottwald, NJW 1976, 2250 (2252); Rosenberg-Schwab, § 148 III 6 b; Thomas-Putzo, § 574 Anm. 2 g.
192) Im Gegensatz zum Zivilprozeß, vgl. Heintzmann, a.a.O., S. 207

3. Übereinstimmende Erledigungserklärung bezüglich des Rechtsmittels

Trotz prozessualer Überholung kann der Antragsteller ein Interesse an der Feststellung der Erledigung haben. Dabei besteht zumindest das Interesse der anderen Beteiligten, den Beschluß, den sie für berechtigt halten, bis zur Erledigung aufrecht zu erhalten. Durch eine Antragsrücknahme würde jedoch der Beschluß rückwirkend entfallen.

Das OLG Stuttgart[193] hat sich deshalb für eine Erledigung des Rechtsmittels ausgesprochen. Ein Verfahren gem. § 1672 BGB, das sich in der Beschwerde befand, hatte sich dadurch erledigt, daß die Eltern rechtskräftig geschieden wurden. Das OLG war der Ansicht, die Hauptsache hätte zwar nicht für erledigt erklärt werden können[194], weil damit der Beschluß des Amtsgerichts wirkungslos geworden wäre und dem Vater die Rechtsstellung, die er durch den Beschluß des Amtsgerichts erlangt hatte, entzogen worden wäre. Um eine Rückwirkung zu vermeiden, hat das OLG Stuttgart daher "zumindest ausnahmsweise"[195] es für zulässig gehalten, das Rechtsmittelverfahren für erledigt zu erklären.

Dem hat das KG[196] unter Hinweis auf die h.M. in Rechtsprechung und Literatur widersprochen. Es läge nunmehr kein sachlicher Grund für eine Entscheidung vor. Der Beschwerdeführer müsse sein Rechtsmittel auf die Kosten beschränken, ansonsten sei es als unzulässig zu verwerfen.
Es ist schon erörtert worden[197], daß entgegen der h.M. keine Rückwirkung der übereinstimmenden Erledigungserklärung anzunehmen ist[198]. Das bedeutet hier, daß der Beschwerdeführer das gesamte Verfahren mit Zustimmung der anderen Beteiligten für erledigt erklären kann; die erstinstanzliche

193) OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 293 (296).
194) OLG Stuttgart, a.a.O., S. 295.
195) OLG Stuttgart, a.a.O., S. 296.
196) KG, OLGZ 1973, 143 (148).
197) S. o., S. 108.
198) OLG Nürnberg, NJW 1967, 205 (206).

Entscheidung bleibt bis zur Erledigung bestehen. Wenn jedoch eine übereinstimmende Erledigungserklärung in zweiter Instanz abgegeben wird, so entscheidet das Beschwerdegericht nunmehr über die Kosten aller Instanzen[199]. Damit wäre im Ergebnis sowohl die Wirksamkeit der erstinstanzlichen Entscheidung für die Zwischenzeit (OLG Stuttgart) als auch die Überprüfung der Kostenentscheidung (Kammergericht) möglich.

Für die Annahme einer übereinstimmenden Erledigungserklärung des Rechtsmittels besteht daher in der FG kein Bedürfnis.

4. Einseitige Erledigungserklärung bezüglich des Rechtsmittels

Entsprechendes gilt für die Vorstufe, die einseitige Erledigungserklärung. Infolge dieser einseitig gebliebenen Erklärung muß das Rechtsmittelgericht nunmehr sachlich über die Erledigung befinden. Nach h.M. in der FG[200] muß der Rechtsmittelführer seine Beschwerde auf die Kosten beschränken, also insoweit zurücknehmen[201]. Bei einer Rücknahme würde jedoch § 20 a FGG eine Kostenüberprüfung verbieten, da Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nur noch der Kostenpunkt ist[202]. Man hilft sich mit dem Bemerken, daß der Beschwerdeführer an die Beschränkung des § 20 a FGG nicht gebunden sei[203]. Es muß daher der gesamte Verfahrensgegenstand anhängig bleiben, dessen gesamte Erledigung erklärt werden muß. Dann wird vom Gericht festgestellt, ob die Erledigung eingetreten ist, verbunden mit einer neuen Kostenentscheidung. Nur so kann der Sinn des § 20 a FGG erfüllt werden, wonach bei Aufrechterhaltung der erstinstanzlichen Hauptentscheidung eine widersprechende Kostenentscheidung in zweiter Instanz vermieden werden soll. Infolgedessen ist in der FG auch für eine einseitige Erledigungserklärung des Rechtsmittels kein Raum.

---

199) BGH, NJW 1982, 2505 (2506).
200) Jansen, § 19 Rdnr. 36; BGH, NJW 1982, 2506 m.w.N.; vgl. i. ü. S. 197.
201) S. o., S. 234.
202) BayObLGZ 1958, 222 (223).
203) BayObLG, Rpfleger 1978, 315.

IX. Sonderfall der Antragsrücknahme

Es bleibt noch zu prüfen, ob die gefundenen Lösungen auch auf den Fall der Antragsrücknahme anwendbar sind.

1. Zwischen den Instanzen

Für die Verfahren mit sofortiger Beschwerde ist oben[204] die Ansicht Jansens[205] für richtig befunden worden, wonach der Antragsteller infolge der Dispositionsbefugnis berechtigt ist, vor Rechtskraft die Unwirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung herbeizuführen. Man wird wie bei § 269 III ZPO die Zustimmung der anderen Beteiligten fordern müssen, da alle Beteiligten zusammen infolge ihrer eigenen Antragsberechtigung die Dispositionsbefugnis über das Verfahrensende haben[206]. Nichts anderes gilt in der Zeit zwischen den Instanzen.
Sowohl für die Erledigungserklärung als auch die Antragsrücknahme benötigt der Antragsteller daher die Zustimmung der anderen Beteiligten. Welche von beiden Möglichkeiten er wählen wird, richtet sich nach den besonderen Rechtsfolgen, die unterschiedlich sind[207].

Für die Verfahren mit einfacher Beschwerde gilt nichts anderes. Der Antrag kann mit Zustimmung der maßgeblichen Beteiligten zurückgenommen werden[208]. Überholt ist die Ansicht, es sei unerträglich, wenn der Antragsteller durch einfache Antragsrücknahme die Unwirksamkeit der gerichtlichen Verfügung erreichen könne[209]. Durch das Zustimmungserfordernis sind die Belange aller Beteiligten gewahrt, die beim Antragsverfahren wegen der privaten Interessen allein entscheiden. Auch hier hat der Antragsteller die Wahl zwischen

---

204) S. o., S. 199.
205) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 18.
206) S. o., S. 16 f, 79 f.
207) S. o., S. 86 ff.
208) Vgl. KG, NJW 1971, 2270.
209) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 18.

Antragsrücknahme und Erledigungserklärung, wobei jedoch bei Verfügungen mit Dauerwirkung die Antragsrücknahme wegen ihrer Rückwirkung auszuschließen sein wird, da die Verfügung für die Vergangenheit berechtigt war.

2. Im Rechtsmittelverfahren

Aus der den Beteiligten gemeinsam zustehenden Dispositionsbefugnis folgt zwangsläufig, daß der Antragsteller noch im Rechtsmittelverfahren mit Zustimmung der anderen maßgeblich Beteiligten den Antrag zurücknehmen kann.

X. Ergebnis

Sowohl in der ersten Instanz als auch im Rechtsmittelverfahren und zwischen den Instanzen sind jederzeit die Antragsrücknahme (mit Einschränkung für Verfügungen mit Dauerwirkung) und die Erledigungserklärung möglich.

§ 8 DIE ERLEDIGUNG IM AMTSVERFAHREN

I. Einleitung

1. Problem der Abgrenzung zwischen Antrags- und Amtsverfahren

Die bisherigen Ausführungen galten den Verfahren, die auf Antrag eingeleitet werden, die Antragsverfahren und die echten Streitverfahren. In diesen gilt die Dispositionsmaxime. Deren allgemeiner Rechtsgedanke, daß derjenige, der ein Verfahren eingeleitet hat, es auch beenden kann, ermöglichte es, der Antragsrücknahme und der Erledigungserklärung bindende Wirkung zuzuerkennen. Im folgenden sollen die Amtsverfahren untersucht werden, für die die Offizialmaxime gilt, d.h. Verfahrensbeginn, Verfahrensgegenstand und Verfahrensende bestimmt das Gericht. Dabei soll geprüft werden, ob die Amtsverfahren alle gleichermaßen die Beteiligtenbefugnis ausschließen oder ob wegen des herausgearbeiteten Rechts der Beteiligten auf Verfahrensbeteiligung gewisse Modifikationen möglich sind.

2. Abgrenzung nach Einleitungsbefugnis

a) Vorrang des Amtsverfahrens (h.M.)

Da die h.M.[1] vom Vorrang des Amtsverfahrens ausgeht, sieht sie als Antragsverfahren nur die an, die ausdrücklich nach dem Gesetzestext nur auf Antrag eingeleitet werden können. Alle anderen Verfahren, auch solche, die nach dem Wortlaut des Gesetzes "von Amts wegen oder auf Antrag" eingeleitet werden, sind als Amtsverfahren einzustufen[2].

b) Vorrang des Antragsverfahrens (Kollhosser)

Die neuere Meinung[3] geht aufgrund der geänderten Beteilig-

---

1) Vgl. z.B. Baur, § 16 II 1; Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 4; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 1.
2) S.o., S. 56.
3) Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 307; Lindacher, FamRZ 1973, 433 f und JuS 1978, 577 (578).

tenstellung vom Vorrang des Antragsverfahrens aus[4]. Die Verfahren könnten entweder von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten eingeleitet werden. Wenn aber die Verfahren durch einen wirksamen Antrag eines Beteiligten eingeleitet werden, müßte auch in diesen Verfahren die Dispositionsmaxime gelten, so daß die sich daraus ergebenden Institute der Antragsrücknahme und der Erledigungserklärung zu übernehmen wären.
Soweit jedoch dasselbe Verfahren vom Gericht eingeleitet wird, würde die Offizialmaxime gelten, die grundsätzlich derartige Beteiligtenhandlungen ausschließt.

3. Arten der Amtsverfahren

Die neuere Meinung, die vom Vorrang des Antragsverfahrens ausgeht, zeigt, daß die Amtsverfahren keine geschlossene Gruppe bilden. Vielmehr faßt man darunter verschiedene Verfahrenstypen zusammen, bei denen die Beteiligtenbefugnis unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann.
Je nachdem inwieweit man den Beteiligten die Disposition über das Verfahren überlassen könnte, ohne daß das Gericht von Amts wegen eingreifen müßte, um wichtige öffentliche Interessen zu wahren, ergeben sich unter Berücksichtigung der heute anerkannten Beteiligtenstellung verschiedene Verfahrensarten:

- sog. verkappte Antragsverfahren[5]:
  Trotz Schweigens des Gesetzes über das Antragserfordernis wird in der Praxis ein solches Verfahren nur auf ausdrücklichen Wunsch eines Beteiligten eingeleitet, weil gegen dessen Willen ein solches Verfahren nicht durchführbar ist (z.B. §§ 1811, 1820 ff, 1829, 1643 BGB; 1 EheG);
- Verfahren, die nach dem Gesetzestext sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden können (z.B. §§ 39 a, 57, 65 JWG; jetzt auch § 1672 BGB);

---

4) S.o., S. 57.
5) Kollhosser, S. 298 f.

- Verfahren, an denen eine Behörde als Wahrer des öffentlichen Interesses beteiligt ist (z.B. §§ 1666, 1671 BGB: das Jugendamt; § 126 FGG: in Handelsregistersachen die Industrie- und Handelskammer);
- alle anderen Verfahren ohne diese Besonderheiten (z.B. Unterbringungssachen, Pflegschaften).

Da grundsätzlich die Offizialmaxime eine bindende Beendigung durch die Beteiligten verbietet, wird zunächst zu untersuchen sein, ob in den genannten Verfahren tatsächlich die Offizialmaxime gilt oder ob sie nicht wenigstens teilweise durch die Dispositionsmaxime wegen der Einleitungsbefugnis ersetzt wird (II). Für die dann noch verbleibenden Verfahren wird zu prüfen sein, ob der Sinn und Zweck der Offizialmaxime, die Wahrung der öffentlichen Interessen, nicht durch Beteiligung von Behörden bewahrt wird, so daß wegen des Vorrangs der Beteiligtenbefugnis insoweit verfahrensbeendigende Erklärungen erfolgen können (III).

II. Ansatzpunkt Einleitung: Verfahren mit Einleitungsbefugnis der Beteiligten

Soweit eine Einleitungsbefugnis der Beteiligten angenommen werden kann, wird zu prüfen sein, ob der für Antragsverfahren geltende allgemeine Rechtsgrundsatz der Befugnis zur Verfahrensbeendigung übernommen werden kann. Dies kann nur der Fall sein, wenn sich die Dispositionsbefugnis auf Verfahrensbeginn, Verfahrensgegenstand und Verfahrensende bezieht.

1. Verkappte Antragsverfahren

Auch bei Schweigen des Gesetzes über das Antragserfordernis muß beachtet werden, daß gewisse staatliche Maßnahmen nicht gegen den Willen des Hauptbeteiligten, dessen Rechtsstellung verändert wird, durchgesetzt werden können. Dies sind die Fälle, in denen die privaten Interessen des Beteiligten

derart überwiegen, daß die Maßnahme nur freiwillig durchgeführt werden kann, weil sie allein im Interesse des Betroffenen erfolgt[6]. Das öffentliche Interesse erschöpft sich in der Überwachungs- und Kontrollfunktion auf Einhaltung der gesetzlichen Grundlagen: z.B.

- Ehemündigkeitserklärung, § 1 EheG;
- Genehmigung von Vormundschaftsgeschäften, §§ 1811, 1820 ff., 1829, 1643 BGB;
- Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormündern (§ 1797 I BGB), Testamentsvollstreckern (§ 2224 I BGB) und Pflegern (§ 1915 BGB);
- Befreiung von Eheverboten (§ 44 a FGG).

Kollhosser[7] bezeichnet diese Verfahren als "verkappte Antragsverfahren". Die Frage des Antragserfordernisses sei durchweg nicht im FGG, sondern in den dazugehörigen materiellen Gesetzen geregelt worden. Der Gesetzgeber habe aber der Frage, ob die betreffenden Angelegenheiten in einem Antrags- oder einem Amtsverfahren zu erledigen seien, nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt. Infolge mangelnder Koordination sei es dann dazu gekommen, daß eine Reihe von Angelegenheiten scheinbar zu den Amtsverfahren gerechnet wird, obwohl das öffentliche Interesse so gering und die Herrschaft der Privatautonomie über die zu regelnden Interessen so stark sei, daß in Wirklichkeit eine Regelung gegen den Willen des Hauptbeteiligten, also ohne seinen Antrag, unzulässig wäre. Solche Verfahren seien daher als Antragsverfahren anzusehen[8].

Dennoch geht die h.M.[9] bei diesen Verfahren davon aus, daß sie als Amtsverfahren anzusehen seien. Man beruft sich auf

---

6) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 7.
7) Kollhosser, S. 298/299, ihm folgend Lindacher, JuS 1978, 577 (578).
8) Kollhosser, S. 298.
9) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 7; Keidel-Kuntze-Winkler, § 44 a Rdnr. 10; s. im einzelnen S. 56.

den Grundsatz, daß alle Verfahren von Amts wegen zu eröffnen seien, für die nicht ausdrücklich das Antragserfordernis vorgesehen sei.
Konsequenz dieser Ansicht ist es demnach, daß §§ 18 I 2. HS und 20 II FGG nicht anwendbar sind. Das Gericht dürfe eine ablehnende Verfügung mithin auch ohne Antrag ändern, die Beschwerde dagegen stehe nicht nur dem Antragsteller zu[10]. Bei dem Antrag muß es sich also um eine notwendige Verfahrensvoraussetzung handeln, nicht aber um eine praktische Voraussetzung[11].
Dem ist zu entgegnen, daß eine Anwendung des § 18 I 2. HS FGG geboten ist: Die Privatautonomie über die zu regelnden Interessen ist in diesen Verfahren so stark, daß eine Regelung gegen den Willen des "Antragstellers" nicht möglich ist. Folglich muß auch nach Ablehnung der Regelung auf den Willen des Antragstellers Rücksicht genommen werden. U.U. ist der Antragsteller nach einiger Zeit an der damals begehrten Regelung nicht mehr interessiert. Dann würde ihm etwas aufgezwungen, was nicht mehr seinen im Vordergrund stehenden Interessen entspricht. Es ist daher eine neue Beteiligtenhandlung nötig, bevor eine gerichtliche Entscheidung ergeht. Soweit § 20 II FGG nicht anwendbar sein soll, ist auf die jetzt h.M.[12] zu verweisen, die die Beschwerdeberechtigung nicht nur dem Antragsteller, sondern jedem Antragsberechtigten zuerkennt[13].

Da somit diese Verfahren wegen des Rechtsschutzanspruchs des Beteiligten nur auf Antrag eingeleitet werden können, wobei dieser Antrag als echte Verfahrensvoraussetzung anzusehen ist, muß in diesen Verfahren ebenfalls die Dispositionsmaxime gelten: Wenn das Verfahren im alleinigen privaten Interesse durchgeführt wird, muß der Antragsteller ebenso berechtigt

---

10) Jansen, a.a.O.
11) Bumiller-Winkler, § 20 Anm. 7.
12) Keidel-Kuntze-Winkler, § 20 Rdnr. 98; Bumiller-Winkler, § 20 Anm. 7; Furtner, JZ 1961, 526 (527).
13) S.o., S. 183.

sein, dieses Verfahren durch eigene Handlung zu beenden. Insoweit gilt hier der allgemeine Rechtsgedanke, daß derjenige, der ein Verfahren durch Beteiligtenhandlung beginnen kann, ebenso befugt ist, dieses durch Beteiligtenhandlung zu beenden. Dieser allgemeine Rechtsgedanke hat jedoch schon bei den Antragsverfahren zu dem Ergebnis geführt, daß Antragsrücknahme und Erledigungserklärung anerkannt werden müssen.

Insoweit gelten für die verkappten Antragsverfahren dieselben Regeln wie für die "echten" Antragsverfahren.

2. Die Lehre Kollhossers bezüglich der Amtsverfahren

a) Vorrang des Antragsverfahrens

Nach der schon dargestellten Lehre Kollhossers[14] soll es keine reinen Amtsverfahren mehr geben. Jeder Antrag eröffne ein Verfahren, alle Verfahren könnten auf Antrag eingeleitet werden. Die staatliche Fürsorge soll nur subsidiär gelten. Daher könnten manche Verfahren außerdem auch ohne Antrag eröffnet werden, wenn nämlich das öffentliche Interesse an der Fürsorge für bestimmte Interessen so groß ist, daß eine Antragstellung nicht abgewartet werden kann[15].

b) Weiterentwicklung für das weitere Verfahren

Für die weitere Durchführung des Verfahrens ist Kollhosser jedoch der Ansicht, daß sich Fragen ergeben können, die sich nicht notwendig durch Anlehnung an die "reinen" Antragsverfahren beantworten lassen[16]. Dazu gehören insbesondere die Bindung an Anträge, Verfahrensbeendigung durch Antragsrücknahme, Bestimmung des Verfahrensgegenstandes usw.[17] Kollhosser hält es für eine mögliche Lösung, die Verfahrensherrschaft nach Einleitung auf das Gericht übergehen zu

14) S.o., S. 57, 172 ff.
15) Kollhosser, S. 307.
16) Kollhosser, S. 308.
17) Kollhosser, S. 309.

lassen, so daß der Antrag nur noch mit Zustimmung des Gerichts zurückgenommen werden kann und die Einleitungsbefugnis an sich nur die Bescheidungspflicht auslöst[18].

Im folgenden soll unter Anwendung der Meinung Kollhossers untersucht werden, ob aus dem Vorrang der Einleitungsbefugnis auf die Geltung der Dispositionsmaxime für das gesamte Verfahren geschlossen werden kann. Die Dispositionsmaxime beinhaltet im wesentlichen die Befugnis zur Verfahrenseinleitung, die nach der Lehre Kollhossers gegeben wäre, die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes und die Befugnis zur Verfahrensbeendigung[19].

aa) Bestimmung des Verfahrensgegenstandes

Was Verfahrensgegenstand der einzelnen Verfahren ist, wurde schon erörtert[20]. Man muß demnach unterscheiden Verfahren mit Sachantrag und solche mit Verfahrensantrag. Verfahrensgegenstand ersterer ist wegen der § 308 ZPO entsprechenden Bindung der Sachverhalt und der Antrag, bei letzteren lediglich der umrissene Sachverhalt mit dem Rechtsschutzbegehren. Da die Amtsverfahren keinen bestimmten Antrag vorsehen, können sie, wenn sie als Antragsverfahren aufgefaßt werden sollen, lediglich den Verfahrensantrag beinhalten, Rechtsschutz zu gewähren. Bestimmte Rechtsfolgen können die Antragsteller nicht prüfen lassen.

Anhand eines Beispiels soll dies erläutert werden[21]: Die Großeltern beantragen nach § 1666 I 2 BGB, ihnen die elterliche Sorge zu übertragen. Gem. § 57 Nr. 8 FGG sind sie beschwerdeberechtigt, mithin nach Kollhosser als Interessenwahrer auch zur Antragstellung befugt. Das Verfahren wird durch den Antrag der Großeltern eingeleitet, ohne daß es eines besonderen Eröffnungsbeschlusses bedarf. Verfahrensge-

---

18) Vgl. im einzelnen S. 58 f.
19) Baur, § 16 II 2.
20) S. o., S. 136 ff.
21) Nach Lindacher, JuS 1978, 577 (578).

genstand ist die Frage, ob die Eltern das Kindeswohl gefährden und welche Maßnahmen ergriffen werden sollen. Soweit die Großeltern gleichzeitig beantragen, ihnen die Personensorge zu übertragen, bezieht sich das auf die Rechtsfolgenseite. Die Beteiligten können zwar prüfen lassen, ob das Gericht eine Gestaltung des Sachverhalts vornehmen soll (das ist der Verfahrensgegenstand)[22], der Inhalt der Entscheidung liegt jedoch im Ermessen des Gerichts. In der Rechtsfolgenseite, der Auswahl der Maßnahmen, ist das Gericht frei.

Wenn die Beteiligten aber nicht bestimmte Maßnahmen beantragen können, fehlt ihnen die Verfahrensherrschaft. Sie können den Verfahrensgegenstand nur teilweise bestimmen, eben nicht bezüglich möglicher Rechtsfolgen[23].

bb) Verfahrensbeendigung

Wem es aber schon an der Verfahrensherrschaft mangelt, kann erst recht nicht das Ende des Verfahrens bestimmen. Die Lehre Kollhossers bleibt somit für diese Verfahren darauf beschränkt, daß der Antragsteller in den Amtsverfahren ein Recht auf ein solches Verfahren hat, mithin beschieden werden muß. Tatsächlich geht nach der Verfahrenseinleitung durch den Antragsteller die Verfahrensherrschaft auf das Gericht über, so daß keine Beteiligtenhandlung das Amtsverfahren beenden kann. Die Antragsrücknahme und die Erledigungserklärung haben grundsätzlich keine bindende Wirkung. Das Gericht setzt das Verfahren fort, wenn es auch gem. § 12 FGG zu prüfen haben wird, ob sich die tatsächlichen Gegebenheiten zum Anlaß einer Regelung verändert haben. Eingestellt wird das Verfahren jedoch nur durch das Gericht.

---

22) Sachverhalt und Rechtsschutzbegehren oder nach Lent, ZZP 66, 267 (271): ob das Gericht eine gewisse Gestaltung vornehmen kann, darf und soll, aber ohne die Grundlage eines privaten Rechts auf die Gestaltung.

23) Das Gericht kann aber nicht das Verfahren gegen eine andere Person richten oder ein völlig anderes Verfahrensziel wählen (Bassenge-Herbst, FGG, Einl. I 1 b). Deshalb können die Beteiligten auch vom Regelungsantrag zum Feststellungsantrag bei der einseitigen Erledigungserklärung übergehen.

3. Verfahren, die sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden können

Einige neuere Gesetze sehen Verfahren vor, die nach dem Wortlaut des Gesetzes sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden können (z.B. §§ 57, 65, 75 JWG oder § 1672 BGB).

a) Allgemeine Ansicht:
Übergang der Verfahrensherrschaft nach Antragstellung

Die Literatur sieht diese Verfahren zwar als Antragsverfahren an, falls ein Antrag eines Berechtigten gestellt worden ist[24]. Sobald ein Antrag vorliege, sei die Durchführung eines formlosen Ermittlungsverfahrens ausgeschlossen, das einem Amtsverfahren vorausgeht[25]. Die Antragstellung hat aber nach allgemeiner Ansicht, wie bei Kollhosser, nur die Aufgabe, das Gericht zu verpflichten, ein Verfahren einzuleiten und den Antragsteller zu bescheiden[26]. Weitere Konsequenzen aus dem Antragsrecht werden nicht gezogen. Insbesondere ist man sich darüber einig, daß die Rücknahme des Antrags lediglich die Folge habe, daß kein Anspruch auf Erteilung eines Bescheides mehr bestehe, nicht aber, daß ohne weiteres das Verfahren beendet sei[27]. Das Gericht habe nunmehr zu prüfen, ob es das Verfahren von Amts wegen weiterführe[28]. Danach würde zwar eine Einleitung durch Antrag möglich sein, das Verfahren aber im übrigen nach der Offizialmaxime ablaufen.

Im folgenden soll untersucht werden, ob bei Antragstellung das Verfahren auch weiterhin nach der Dispositionsmaxime behandelt werden kann, also auch eine Verfahrensbeendigung durch den Antragsteller möglich ist.

---

24) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 4; Riedel, JWG, § 65 Rdnr. 7; Jans-Happe, JWG, § 65 Anm. 5 B.
25) Riedel, a.a.O.
26) Riedel, a.a.O.: Jeder Antragsberechtigte hat ein Recht auf Bescheidung seines Antrages.
27) BayObLG, NJW 1962, 302; Riedel, § 65 Rdnr. 7.
28) Jansen, Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 4; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 2.

b) Nebeneinander von Amtsverfahren und Antragsverfahren

Daß für dasselbe Verfahren einmal die Dispositionsmaxime wegen des Antragserfordernisses, einmal die Offizialmaxime wegen der Einleitung von Amts wegen gilt, ist in der FG nichts Ungewöhnliches. Es gibt in der FG Verfahren, die an sich denselben Verfahrensgegenstand betreffen und teils von Amts wegen, teils auf Antrag zu eröffnen sind[29]. So ist grundsätzlich bei getrennt lebenden Eltern die Zuteilung der elterlichen Sorge auf Antrag vorzunehmen (§ 1672 BGB). Bei Gefährdung des Kindeswohls kann das Gericht das Verfahren aber auch von Amts wegen aufnehmen. Das Verfahren kann daher nach den Grundsätzen der Dispositionsmaxime ablaufen, falls ein Berechtigter den Antrag gestellt hat, dasselbe Verfahren kann von der Offizialmaxime beherrscht sein, wenn von Amts wegen eröffnet wurde[30].

Gleiches gilt für die Verfahren nach §§ 57, 65 JWG. Sie erfordern eine gewisse Mitarbeit der Beteiligten. Ungeschriebene Verfahrensvoraussetzung bei der Erziehungshilfe nach § 57 JWG ist, daß das Verhältnis zwischen Erziehungsbeistand und Eltern einvernehmlich und vertrauensvoll gestaltet werden kann. Das Vormundschaftsgericht wird daher versuchen, einen Antrag auch rückwirkend von den Beteiligten zu bekommen[31], so daß in aller Regel das Antragsverfahren gegeben sein wird. Gleiches gilt für die Fürsorgeanordnung gem. § 65 JWG. Auch hier ist das Vormundschaftsgericht auf die Mitarbeit des Jugendamtes angewiesen, insbesondere, um sich die notwendigen Tatsachen zur Entscheidung zu verschaffen.

---

29) Vgl. Habscheid, § 6 II 1.

30) Weitere Beispiele: Ein Gebrechlichkeitspfleger ist grundsätzlich nur mit Einwilligung des Gebrechlichen zu ernennen, ist jedoch eine Verständigung mit ihm nicht möglich, so erfolgt die Bestellung auch ohne Einwilligung (§ 1910 III BGB). Weiterhin kann das Nachlaßgericht zum Zwecke der Nachlaßsicherung von Amts wegen einen Nachlaßpfleger bestellen (§ 1960 BGB). Soll jedoch ein Anspruch gegen den Nachlaß geltend gemacht werden, so hat die Berufung des Pflegers auf Antrag zu erfolgen (§ 1961 BGB).

31) Jans-Happe, JWG, § 57 Anm. 4 A.

c) Verfahrensbeendigung durch Beteiligtenhandlung

In echten Antragsverfahren, die nur auf Antrag eröffnet werden, beendet die dem Gericht gegenüber zu erklärende Antragsrücknahme das Verfahren. In Rechtsfürsorgeverfahren, die zwar auf Antrag eines Beteiligten, aber auch von Amts wegen eingeleitet werden können, wird jedoch behauptet, den Beteiligten fehle die Befugnis, das Verfahren durch Antragsrücknahme zu beenden, die Entscheidung über die Fortsetzung des Verfahrens treffe allein das Gericht[32]. Es sind öffentliche Interessen berührt, was sich schon daraus ergibt, daß die Verfahren auch von Amts wegen eingeleitet werden können. Diese öffentlichen Interessen wären nach bindender Antragsrücknahme nicht mehr ausreichend geschützt, obwohl sich z.B. gem. § 1672 S. 2, 2. HS. BGB Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls ergeben haben.

Da das Verfahren auch von Amts wegen eingeleitet werden kann, ist das Gericht nicht gehindert, das etwa durch Antragsrücknahme beendete Antragsverfahren nunmehr von Amts wegen wieder aufzunehmen. Dies würde der Forderung nach Subsidiarität der staatlichen Fürsorge entsprechen[33], wie sie auch aus der Fassung des § 1672 BGB folgt, wonach der Staat nur bei Gefährdung des Kindeswohls eingreifen soll ("andernfalls").

Die Neueinleitung des Verfahrens von Amts wegen hat jedoch den entscheidenden Nachteil, daß ein neues Verfahren beginnt und die bisherigen Verfahrensergebnisse nicht ohne weiteres verwendet werden können. Deshalb ist Habscheid[34] der Ansicht, daß in solchen Fällen aus "praktischen Gründen" anzunehmen sei, daß das Gericht das Antragsverfahren in ein Amtsverfahren überleiten könne. Kollhosser[35] erwähnt in seinem Ausblick über die weitere Durchführung der Amtsverfahren, die er bezüglich der Einleitung als Antragsverfahren

---

32) Vgl. Lindacher, JuS 1978, 579.
33) Vgl. Kollhosser, S. 140, 307.
34) Habscheid, § 18 II 2.
35) Kollhosser, S. 309.

ansehen möchte, die Möglichkeit der Antragsrücknahme nur mit Zustimmung des Gerichts. Beides läuft darauf hinaus, daß auch unter Anerkennung der möglichen Verfahrensherrschaft der Beteiligten diese das Verfahren nicht beenden können, sondern daß wegen der latent vorhandenen Möglichkeit der Einleitung von Amts wegen diese Befugnis dem Gericht vorbehalten bleibt.

III. Ansatzpunkt öffentliches Interesse: Verfahren mit Beteiligung von Behörden

1. Wahrung des öffentlichen Interesses auch bei Beteiligtenbefugnis

a) Überwindung der Offizialmaxime

Die Offizialmaxime dient dem Zweck, subjektive Rechte zu schützen, an denen die Allgemeinheit interessiert ist, weshalb es nicht dem Belieben des Berechtigten überlassen bleiben kann, ob er auf seinem Recht besteht[36]. Dieser Schutz des Privaten durch die Allgemeinheit wird im Zivilprozeß mit seiner Dispositionsmaxime dadurch gewahrt, daß die Staatsanwaltschaft zur Partei wird, die zur Klageerhebung verpflichtet ist (§§ 632, 646 II, 664, 679 II ZPO; 24 EheG). Gelänge es, auch im Verfahren der FG einen solchen Wahrer des öffentlichen Interesses zu finden, so würde sich zumindest die Schutzrichtung der Offizialmaxime erübrigen, so daß wieder auf den Vorrang der Eigenverantwortlichkeit des einzelnen zurückgegriffen werden könnte. Dies entspräche auch der Forderung nach Subsidiarität der staatlichen Fürsorge und nach Neutralität des Gerichts[37].

Die Verfahrensmaximen selbst sind keine festgefügten Begriffe, sondern sie dienen lediglich als Richtmaß, indem sie mehrere prozessuale Regeln zusammenfassen, die jedoch nicht immer sämtlich nebeneinander gelten müssen[38]. Auch in

---

36) Grunsky, Verfahrensrecht, § 4 III 1.
37) Vgl. Kollhosser, S. 307; Jansen, Wandlungen, S. 31.
38) S.o., S. 51 f.

Verfahren von Amts wegen haben die Beteiligten insofern Dispositionsbefugnis, als sie Rechtsmittel einlegen können und somit die Disposition über das Rechtsmittelverfahren haben.

b) Wahrung des öffentlichen Interesses bei Beteiligung von Behörden

Sicher wird man den Beteiligten des Amtsverfahrens keine Dispositionsbefugnis über das Ende des Verfahrens geben können, wenn nicht die öffentlichen Interessen ausreichend gewahrt werden. Bei Privatpersonen wird man nicht davon ausgehen können, daß sie über ihre eigenen Interessen hinaus auch öffentliche Interessen verfolgen. Anders dagegen bei Behörden, die kraft Amtes die öffentlichen Interessen zu wahren haben[39]. Diese Behörden müssen in ihrem Aufgabenkatalog die Beteiligung an der speziellen Verfahrensart zur umfassenden Vertretung des öffentlichen Interesses haben. Gleichzeitig müssen sie auch Beteiligte mit den entsprechenden Rechten und nicht nur Auskunftspersonen sein. Solche Behörden treten in einigen wichtigen Amtsverfahren auf: In Vormundschaftssachen ist das Jugendamt gem. § 48 JWG verpflichtet, das Vormundschaftsgericht bei allen Maßnahmen zu unterstützen, die die Person Minderjähriger[40] betreffen. Ausdrücklich erwähnt ist die Anzeigepflicht und die obligatorische Anhörung gem. § 48 a JWG.
In Handelsregistersachen sind gem. § 126 FGG die Handwerkskammern sowie die Industrie- und Handelskammern zu beteiligen. Sie haben ein Recht auf Information[41], um ihre Beteiligtenrechte wahrzunehmen (Antrags- und Beschwerderecht gem. § 126 FGG).

Weitere Fälle sind die Beteiligung der Landwirtschaftsbehörde gem. § 32 II LwVG (Anhörungs- und Beschwerderecht) sowie der

---

39) Soweit es generell und nicht nur ausschnittsweise ist (z.B. Gesundheitsamt für hygienische Bedingungen bei einem Unterbringungsverfahren).
40) Und Volljähriger gem. § 54 a JWG.
41) OLG Stuttgart, MDR 1983, 407.

Aufsichtsbehörde des Standesbeamten gem. § 49 PStG (Beschwerderecht). Die Behörden sind dabei nicht im unmittelbar eigenen Interesse[42], sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse beteiligt.

c) Gemeinsame Dispositionsbefugnis

Es wäre denkbar, daß bei Beteiligung von Privatpersonen und Behörden eine Beendigungsmöglichkeit durch die Beteiligten gegeben ist, denn sowohl die privaten als auch die öffentlichen Interessen werden durch Beteiligte vertreten.

Die Amtsverfahren sind den Verwaltungstätigkeiten nahe verwandt. Vormundschaftssachen, Nachlaßsachen, Registersachen usw. könnten durchaus von einer Verwaltungsbehörde erledigt werden. Sie sind jedoch wegen des besseren Rechtsschutzes nicht erst einer vorgeschalteten Verwaltungsbehörde, sondern sogleich den Gerichten anvertraut worden[43]. In den "normalen" Verwaltungssachen hat jeder Beteiligte das Recht, durch Klage vor dem Verwaltungsgericht vollen gerichtlichen Rechtsschutz nach der VwGO zu erlangen. In diesen Gerichtsverfahren tritt die Verwaltungsbehörde als Wahrer des öffentlichen Interesses auf; Bürger und Verwaltung können für das Gericht bindend die Klage zurücknehmen und Erledigungserklärungen abgeben (§§ 92, 161 II VwGO).

d) Standpunkt der h.M. zur Behördenbeteiligung

Nach h.M.[44] gilt bei Beteiligung von Behörden im öffentlichen Interesse, daß diese lediglich formell, nicht jedoch materiell beteiligt sind, da die Behörde nicht in ihrer Rechtsstellung durch die Entscheidung berührt werde. Sie werde zudem erst dadurch Beteiligte, daß sie von ihrem Antrags- oder Beschwerderecht Gebrauch macht, sei also kein notwendiger Beteiligter[45].

---

42) Z.B. Behörde als Hauseigentümer gem. § 7 HausratsVO.
43) Kollhosser, FamRZ 1970, 238.
44) Vgl. Zimmermann, Rpfleger 1958, 209 (211).
45) Baur-Wolf, Kap. 2 I 2 a.

In den Fällen der formellen Beteiligung habe die Behörde nur die Rechte, die ihr vom Gesetz eingeräumt sind. Darüber hinaus stehe ihr ein Antrags- oder Beschwerderecht nicht zu[46].

2. Behörden als notwendige formell Beteiligte (am Beispiel des Jugendamtes)

a) H.M.: kein notwendig formell Beteiligter

Das Jugendamt ist nach h.M. in den Verfahren nach dem JWG zwar formell beteiligt, weil ihm ein ausdrückliches Antragsrecht eingeräumt ist[47], wird aber erst formell Beteiligter, wenn es von sich aus im Verfahren auftritt oder vom Gericht hinzugezogen wird[48]. Das wird das Gericht zwar in der Regel tun, um sich in der Wahrung der öffentlichen Interessen Hilfestellung geben zu lassen. Nach § 48 a JWG wäre das Vormundschaftsgericht nur verpflichtet, das Jugendamt anzuhören. Anhörungspflichtige sind aber keine notwendigen Beteiligten, sondern dienen lediglich zur Sachaufklärung.

b) Keine Unterordnung des Jugendamtes als Hilfsorgan

Das Jugendamt ist dem Vormundschaftsgericht nicht untergeordnet. Es hat das Gericht sachverständig zu beraten. Dabei dient der Bericht des Jugendamtes nicht unmittelbar als Beweismittel, sondern das Gericht muß die Beteiligten und Zeugen selbst anhören[49]. Das Jugendamt ist somit kein Hilfsorgan des Gerichts, sondern trägt die Tatsachen aus der Sicht des öffentlichen Interesses vor. Das entspricht der Stellung z.B. des Sorgeberechtigten, der die Tatsachen aus der Sicht des privaten Interesses vorbringen wird. Beide Stellungen korrespondieren und das Vormundschaftsgericht hat aus den vorgebrachten Tatsachen die ihm erforderlichen

---

46) Zimmermann, a.a.O., S. 212.
47) §§ 57, 65 JWG.
48) Baur-Wolf, Kap. 2 I 2 a.
49) Potrykus, JWG, § 48 Anm. 4.

Ermittlungen zu erheben[50].

c) Zwingende Anhörung bedingt Beteiligung

Das Jugendamt ist vor einer Entscheidung nach den Materien des § 48 a JWG zwingend zu hören. Die unterlassene Anhörung führt zu einem Verstoß gegen zwingende Verfahrensvorschriften, so daß im Beschwerdeverfahren die gerichtliche Entscheidung schon aus diesem Grunde aufgehoben werden muß[51]. Das Jugendamt ist dafür gem. § 20 I FGG beschwerdebefugt[52]. Um die Mitwirkungsmöglichkeit des Jugendamtes sicherzustellen, weist § 48 a I, II JWG das Vormundschaftsgericht zwingend an, das Jugendamt zu hören. Diese Vorschrift zeigt im Zusammenhang mit dem "staatlichen Wächteramt" i.S.d. Art. 6 GG[53], daß das Jugendamt nur so seiner Aufgabe gerecht werden kann[54]. Zur Anhörung ist es daher nicht ausreichend, wenn das Jugendamt lediglich benachrichtigt wird und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Vielmehr muß es als Organ der Jugendhilfe gutachtlich zum Ergebnis der Ermittlungen und zu den in Betracht kommenden Verfügungen des Gerichts Stellung nehmen[55]. § 48 a JWG meint somit nicht die abschließende Hörung des Jugendamtes, sondern gesteht ihm die aus Art. 103 GG (rechtliches Gehör) folgenden Teilrechte[56] zu, mithin die Stellung eines notwendig beizuziehenden Beteiligten.

3. Dispositionsbefugnis der Beteiligten

Widerstreitende Interessen gibt es nicht nur in Streitverfahren, sondern auch in Rechtsfürsorgeverfahren, insbesondere

---

50) Die vom Gericht unabhängige Stellung wird auch von der Rechtsprechung anerkannt, die dem Jugendamt die notwendige Verfahrensbeteiligung abspricht. Vgl. z.B. KG, FamRZ 1965, 158 (160); OLG Stuttgart, FamRZ 1956, 87; BayObLGZ 1953, 353 (357).
51) Hill, JWG, Anm. zu § 48 a.
52) OLG Hamm, OLGZ 1966, 235 (235).
53) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6 Rdnr. 26.
54) OLG Hamm, a.a.O., S. 237.
55) BGH, FamRZ 1954, 219; Riedel, § 48 Rdnr. 20; OLG Hamm, a.a.O.
56) Vgl. dazu S. 169 ff.

wenn es sich um Eingriffe des Staates in private Rechte handelt. Dies ist der Fall, wenn Behörden beteiligt sind, wobei auf die Parallele zum Verwaltungsstreitverfahren hingewiesen werden muß. Der Streit muß sich nicht auf die Rechtsfolgen beziehen, die das Gericht in der FG unabhängig von den Anträgen festsetzt, sondern kann auch die Erkenntnisgrundlagen, die Tatsachen, betreffen[57]. Ähnlich wie bei der Eingriffsverwaltung wird aber das Gericht öffentliche und private Belange gegeneinander abzuwägen haben. Das Vorhandensein dieses Interessengegensatzes bedingt eine Gegnerstellung.
Für die Dispositionsbefugnis dieser beiden Interessenwahrer ist zwar richtig, daß diese in den Amtsverfahren keine Verfügungsbefugnis über das materielle Recht haben[58]. Zu unterscheiden ist jedoch das "Ob" und das "Wie" der Entscheidung. Für die Rechtsschutzbehauptung, das "Ob", besteht ein subjektives öffentliches Recht. Wenn das Gericht von Amts wegen verpflichtet ist einzuschreiten, hat andererseits der Betroffene ein Recht auf die gerichtliche Maßnahme[59]. Für das "Wie" der Entscheidung, welche Rechtsfolgen das Gericht ausspricht, fehlt den Beteiligten die materielle Verfügungsbefugnis, da sie keine Sachanträge stellen können.

4. Gesetzliche Wertung

Letztlich entscheidend ist jedoch die gesetzliche Wertung: Obwohl die erwähnten Verfahren auch von Verwaltungsbehörden erledigt werden könnten, ist es gesetzgeberischer Wille, diese nicht den Verwaltungsbehörden, sondern sogleich den Gerichten zuzuweisen. Es soll nicht zum Verwaltungsverfahren mit anschließendem Verwaltungsgerichtsverfahren kommen, in dem Behörde und Privater die Verfahrensherrschaft haben. Beide könnten zusammen das von Amts wegen eingeleitete Verfahren

---

57) Brüggemann, S. 79.
58) So ist kein Vergleich möglich, vgl. Bonin, S. 174; Bärmann, § 18 III.
59) Vgl. die Lehre Kollhossers, S. 303 (s.o., S. 57).

durch Dispositionshandlung beenden und somit die Einleitung von Amts wegen illusorisch machen. Die letzte Entscheidung, ob überhaupt eine Regelung ergehen soll, hätte (zusammen mit dem Bürger) die Verwaltung. Dies widerspricht der gesetzlichen Zielsetzung, wonach allein das Gericht entscheidet, ob und in welcher Form eine Entscheidung ergeht.
Deutlich wird die gesetzliche Absicht z.B. in den Verfahren nach §§ 1666, 1671 BGB. Es heißt dort: "... so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen" (§ 1666 BGB) oder "... so bestimmt das Familiengericht..." (§ 1671 BGB). Oder in Verfahren mit Beteiligung der IHK gem. § 126 FGG: "... so hat das Gericht festzustellen..." (§ 144 a FFG).

Gleiches gilt auch in den Verfahren, die den Beteiligten gewisse Dispositionsrechte einräumen. Z.B. bedarf im Verfahren zur Regelung des Versorgungsausgleichs die Vereinbarung der Beteiligten gem. § 1587 o II BGB der Genehmigung des Familiengerichts; der Vorschlag der Eltern gem. § 1671 BGB muß vom Gericht gebilligt werden (§ 1671 III BGB).

Durch Beteiligtendisposition würde sonst dem Gericht diese vorgeschriebene Aufgabe unmöglich gemacht werden. Das Gericht muß daher selbst feststellen, ob die Hauptsache erledigt ist und ggf. das Verfahren einstellen. Einfluß auf die Beendigung des Verfahrens haben die Beteiligten in Amtsverfahren daher nicht.

§ 9 ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS

1. Durch stärkere Verrechtlichung der FG sind die Beteiligtenbefugnisse gegenüber dem Gericht erweitert worden, so daß die Eigenverantwortlichkeit des Beteiligten zu betonen ist. Die Beteiligteneigenschaft hat sich dem Parteibegriff angenähert.

2. Es gilt als allgemeiner Rechtsgedanke, daß derjenige, der ein Verfahren einleiten kann, weil das Verfahren in seinem privaten Interesse durchgeführt wird, die Befugnis haben muß, dieses Verfahren bindend zu beenden. Als Ausdruck der Dispositionsmaxime muß es auch in FG-Verfahren Antragsrücknahme und Erledigungserklärung geben, ohne Beschränkung auf die echten Streitsachen.

3. Die Erledigungserklärung erlaubt im Gegensatz zur Antragsrücknahme eine Kostenprüfung gem. § 13 a FGG, da bei der Antragsrücknahme der Verfahrensgegenstand dem Gericht ohne Möglichkeit der Wertungsentscheidung entzogen ist. Der Antragsteller, der den Antrag zurücknimmt, kann keine Erstattung seiner Kosten erreichen. Die Erledigungserklärung gibt dem Antragsteller die Überprüfungsmöglichkeit, ob tatsächlich erledigt ist, sei es durch Prüfung des Gerichts, sei es durch Zustimmung des anderen Beteiligten, der ebenfalls antragsberechtigt ist. Durch Zustimmung zur Erledigung verzichtet der andere Beteiligte (im Gegensatz zu § 269 III ZPO analog bei der Antragsrücknahme) auf sein eigenes Antragsrecht, so daß kein neues Verfahren über dieselbe Sache möglich ist.
Nicht rechtskräftige Entscheidungen können von den Beteiligten gemeinsam ohne neues Verfahren unwirksam gemacht werden.

4. Die Kostenentscheidung gem. § 13 a FGG gilt für alle Verfahrensarten bei der Erledigungserklärung. Je streitiger die Interessen der Beteiligten sind, um so eher wird der Rechtsgedanke des § 91 a ZPO mit Ersetzung aller Kosten anzuwenden sein.

5. Mit der einseitigen Erledigungserklärung kann jeder Beteiligte, der antragsberechtigt ist, materiell rechtskräftig gegenüber den anderen Beteiligten feststellen lassen, daß die Hauptsache erledigt ist.
Auch in Verfahren mit Verfahrensantrag (Sachverhalt und allgemeines Rechtsschutzbegehren bilden den Verfahrensgegenstand) kann der Beteiligte statt Regelung die Feststellung begehren. Die Umstellung entspricht der Klageänderungstheorie des Zivilprozesses.
Die feststellende Entscheidung erwächst in materielle Rechtskraft, da wegen ihrer vergangenheits- und beteiligtenbezogenen Rechtskraftwirkung kein Bedürfnis für eine Abänderung besteht. Sie unterliegt daher auch der sofortigen Beschwerde.

6. Befugt zur Abgabe der Erledigungserklärung ist der Antragsteller und jeder Antragsberechtigte (in Streitverfahren der Antragsgegner). Nur diese haben einen Anspruch auf das Verfahren, können mithin durch das Unterlassen einer Regelung in ihren Rechten verletzt sein. Der Beschwerdeberechtigte ist nicht befugt, da er sich ansonsten Dispositionsrechte aneignen würde, die er bezüglich des Verfahrens nach gesetzlicher Wertung nicht hat. Er kann lediglich durch eine ergangene (falsche) Entscheidung beeinträchtigt sein.

7. Antragsrücknahme und Erledigungserkärung sind mögliche Beteiligtenhandlungen, mit denen auf das tatsächliche Erledigungsereignis reagiert wird. Zwischen den Instanzen und im Rechtsmittelverfahren dürfen daher keine unterschiedlichen Lösungen in der Anwendbarkeit für beide bestehen.

Wenn die Erledigung zwischen den Instanzen eingetreten ist, macht in Verfahren mit einfacher Beschwerde die Erledigungserklärung die Sache wieder rechtshängig, ohne daß es der Einlegung eines Rechtsmittels bedarf. Bei Verfahren mit sofortiger Beschwerde ermöglicht die Erledigungserklärung vor dem erstinstanzlichen Gericht die Aufhebung der Verfügung ohne Rechtsmitteleinlegung (trotz § 18 II FGG). Durch die Erledigungserklärung werden Unsicherheiten über die tatsächliche Erledigung und die Wirksamkeit der gerichtlichen Verfügung beseitigt. Die Entscheidung wird ohne Rückwirkung wirkungslos, da die Beteiligten auch ein Abänderungsverfahren beantragen könnten.

Wenn die Erledigung im Rechtsmittelverfahren eintritt, bleibt die Beschwerde zulässig, wenn zur Zeit der Rechtsmitteleinlegung eine Rechtsbeeinträchtigung gegeben war. Das Rechtsschutzbedürfnis zur Fortsetzung des Verfahrens ergibt sich nicht aus dem Feststellungsinteresse an der Rechtswidrigkeit der Maßnahme, sondern aus der Feststellung der Erledigung selbst. Einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen sind möglich mit entsprechender Kostenentscheidung für alle Instanzen.

8. Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet werden, können nur durch gerichtliche Maßnahmen beendet werden. Eine Ausnahme besteht für die Verfahren, die nicht gegen den Willen eines Beteiligten durchgeführt werden können - sog. verkappte Antragsverfahren. Der Vorrang des Antragsverfahrens statuiert lediglich eine Einleitungs- und Bescheidungspflicht des Gerichts. Die Verfahrensherrschaft verbleibt jedoch beim Gericht. Auch Verfahren mit zwingender Beteiligung von Behörden sind nach gesetzlicher Wertung dem Gericht zur Entscheidung überlassen und können daher nur vom Gericht eingestellt werden.

Druck und Verarbeitung: Dissertations Druck Darmstadt, Tel. 0 61 51 / 21 3 53